

LaNotaria

Número 3 | 2018

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

CELEBRADA LA III JORNADA NOTARIAL DE SANT BENET

Celebrada la III Jornada Notarial de Sant Benet

En vigor els nous reglaments europeus de Règim Econòmic Matrimonial i Unions de Fet

«El nivell de seguretat jurídica d'Espanya és molt elevat i amb una relació cost-benefici òptima»

Entrevista a Pedro J. Garrido Chamorro
DIRECTOR GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT

«No som prou conscients dels nostres drets com a consumidors»

Entrevista a Elisabeth Abad Giralt
DIRECTORA DE L'AGENCIA CATALANA DE CONSUM

TRIBUNA

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

DOCTRINA

El nou dret francès de les obligacions
Anàlisi sintètic sobre política aranzelària notarial,
imparcialitat i lleis de mercat
La protecció de dades i la prevenció del blanqueig de
capitals en la cinquena Directiva
La influència de la reforma protestant en el dret
hereditari i en l'abstracció del negoci jurídic

PRÀCTICA

Deures i drets dels administradors
Responsabilitat Civil del Notari.
El notari com a testimoni
en el procés 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

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Disseny, preimpressió i impressió
per Lefebvre-El Derecho

ISSN: 2172-3028

D.L.: B-3461-1959

Tots els drets reservats

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

© 2010 II·lustrat Col·legi de Notaris
de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible

www.notarisdecatalunya.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Parelles estables: regulació catalana i de la Unió Europea

Amb l'entrada en vigor del Reglament (UE) 2016/1104 del Consell, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades (en endavant, REPUR) no es planteja la problemàtica de si les parelles o unions es poden autoritzar notarialment a Catalunya, perquè en això no ha influït gens, sinó que es planteja quan s'han de considerar registrades als efectes del REPUR.

A aquest efecte, convé precisar que les parelles estables, a les quals es refereixen els arts. 234-1 a 234-14 CCCat, *no són un estat civil* (com tampoc no ho són cap de les unions que es puguin crear a l'empara de les altres legislacions autonòmiques, amb els límits de la STS, de 15 de gener de 2018), i, com que els estats civils són taxats, tampoc no es poden crear per la lliure determinació pels particulars. Per això, és plenament coherent que tampoc no puguin accedir al Registre Civil, al nostre entendre irrellevant, perquè encara que sí que és registre jurídic, amb els seus efectes conseqüents *erga omnes*, no s'exigeix en cap considerant ni article del REPUR que el registre en què puguin quedar registrades hagi de tenir aquesta naturalesa. D'altra banda, *no tenen règim econòmic matrimonial* (v. RDGRN 11 de juny de 2018), per la qual cosa no se'ls pot aplicar supletòriament cap dels regulats positivament (en estar previstos exclusivament per al matrimoni), i el que necessàriament han de fer és pactar un règim patrimonial, ja que, a aquest efecte, no és intrascendent que el REPUR tampoc no parli de règim econòmic matrimonial, sinó d'efectes patrimonials, que necessàriament s'aconsegueixen mitjançant pacte a aquest efecte.

Pacte patrimonial, no règim econòmic matrimonial, que necessàriament sempre serà contractual; així, no en va l'art. 234-3.1 CCCat diu que les seves relacions patrimonials es "regulen exclusivament pels pactes dels convivents", i aquest pacte tant pot consistir en una remissió íntegra o parcial al supletori com directa o supletòria a un de regulat legalment, però que, en qualsevol cas, sempre neix del pacte, sigui per la mera remissió o transcrivint íntegrament algun dels tipificats, com a tal estàtics; amb tot també podrien ser dinàmics remetent-se a un dels previstos legalment fins i tot amb les seves evolucions legislatives, però en qualsevol cas sempre serà contractual i, en conseqüència, sense que se'ls hagi d'aplicar les seves possibles presumpcions, ja que com a tals són legals i no d'origen convencional.

Dit això d'abans, qualsevol parella (homosexual o heterosexual), de catalans, d'espanyols, de ciutadans de la Unió Europea o, fins i tot, de països tercers (tant si ho són tots dos com un de sol) pot constituir una parella estable a Catalunya –fins i tot encara que no siguin residents, *cfr.*, per ser plenament traslladable STSJ CL 1494/2017, de 10 d'abril - ECLI: ES:TSJCL:2017:1494– i no es pot parlar que se'ls aplicarà l'un o l'altre règim econòmic matrimonial perquè necessàriament ells han de pactar el seu règim patrimonial (que no econòmic matrimonial), encara que –com deia– sigui per remissió a un de legal. Sens dubte que quan creïn una família se'ls aplicarà l'art. 9.1 CC espanyol, però és que una família també la pot crear una persona soltera que té un fill; i, per descomptat, com que no són un matrimoni, ni cal entendre'l per analogia –si més no a Espanya en què els homosexuals sí que poden ser matrimoni i, just en no ser-ho, ho exclouen– no se'ls pot aplicar res dels efectes del matrimoni, art. 9.2 CC espanyol, ja que els seus efectes patrimonials sempre seran convencionals (expressos, tàcits o simplement de fet), fins i tot encara que acudeixin de manera directa a un dels legals. Tampoc el que pacten són, pròpiament dit, capítols matrimonials, sinó una regulació convencional sempre dels seus efectes patrimonials.

I pel que fa a considerar-les registrades a l'efecte del REPUR, i com més extensament he sostingut en les darreres Jornades de Tossa de 2018, el registre administratiu català sí que compleix els requisits per poder-les considerar registrades, ja que el seu Considerant (16) distingeix –i encara que el REPUR ho serà únicament als efectes patrimonials Considerant (19)– els tres supòsits següents: a) Les parelles estables la “unió de les quals es troba institucionalment sancionada mitjançant el registre davant una autoritat pública”, com és el registre administratiu català i, per descomptat, no ho és el protocol notarial que, d'altra banda, no compleix com a tal registre a l'efecte de pensió en raó de la inscripció, com resulta de la STS, Sala Social, 393/2017, de 4 de maig de 2017; a més, el registre és voluntari, mai constitutiu, però sí obligatori si es vol gaudir de la plenitud d'efectes de la unió registrada; b) Les “parelles vinculades per unions de fet”, com indica el mateix Cons. (16) encara que les reconeguim alguns Estats membres, això no obstant, “s'han de dissociar de les unions registrades” (seria el cas de les constituïdes en escriptura pública, però no registrades), encara que el seu “caràcter oficial permet tenir en compte la seva especificitat i procedir a la seva regulació en el Dret de la Unió”; i, finalment, hi hauria, Cons. (17) *in fine* REPUR, c) Les unions no previstes en el seu Dret nacional, per alguns Estats membres, a les quals “(cap) de les disposicions d'aquest Reglament ha d'obligar”, del que es pot derivar que sí a les altres dues modalitats.

Com el mateix Cons. (16) preveu, el que es pretén és “eliminar els obstacles a la lliure circulació de les persones que hagin registrat la seva unió” i, en efecte, les parelles estables catalanes es poden registrar o no voluntàriament, de manera que fins i tot en la seva pròpia voluntat queda, això sí registrant-se, el que se'ls apliqui o no el REPUR; perquè, a més, tot i que en el Considerant (35) es prevegi, en tractar de la connexió, com a darrer punt de connexió la de “l'Estat membre en virtut de la legislació del qual es va dur a terme el registre obligatori de la unió per a la seva creació”, no es tracta que s'exigeixi la inscripció obligatòria –ni menys la constitutiva– per la normativa aplicable de l'Estat membre, o la seva unitat territorial que, a més, ha de tenir competència en matèria civil, ja que les CCAA que no la tinguin poden establir diversos efectes, però no els civils, ni tampoc, per això, els patrimonials –Cons. (18)– d'administració quotidiana i liquidació. Es tracta, al meu entendre, que estiguin reconegudes institucionalment i que, a més, es puguin inscriure, no que el registre sigui obligatori per a reconèixer-les, sinó que sigui obligatori aquest registre per reconèixer-los la plenitud d'efectes, entre els quals no és intranscendent la pensió (per a Madrid –com a exemple de Comunitat Autònoma sense competència en matèria civil– STC 81/2013, d'11 d'abril de 2013 i, per a Navarra, STC 93/2013, 23 d'abril de 2013, en aquest cas Comunitat Autònoma amb competència civil).

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- Parelles estables: regulació catalana i de la Unió Europea
Ángel Serrano de Nicolás..... 3



Tribuna

- L'actuació notarial a la Llei Reguladora dels Contractes de Crèdit Immobiliari
Alfonso Cavallé Cruz 7
- Viure en temps interessants. Prospectiva temptativa d'un segle ple d'incerteses
Jaume Giró Ribas 22
- L'extinció del cens i l'article 565-11.5 del Codi Civil de Catalunya (llums i ombres d'una reforma precipitada)
Jesús-Julián Fuentes Martínez..... 28
- El document notarial en suport electrònic
Enric Brancós Núñez..... 33
- Comentaris a la sentència Sentència del ple Ple del TC de 17 de gener de 2019
Raquel Iglesias Pajares 37
- El bitcoin: una primera aproximació jurídica en dret civil espanyol
Víctor J. Asensio Borrellas 40



Entrevista

- "El nivell de seguretat jurídica a Espanya és elevadíssim i amb una relació cost-benefici òptima"
Pedro José Garrido Chamorro 46
- "No som prou conscients dels nostres drets com a consumidors"
Elisabeth Abad i Giralt 52



Doctrina

- El nou dret francès de les obligacions
Rémy Cabrillac 59
- Anàlisi sintètica sobre política. Política aranzelària notarial, imparcialitat i lleis de mercat
Ramón Bernabé Panós 65
- La protecció de dades i la prevenció del blanqueig de capitals en la cinquena Directiva
Alfonso Ortega Giménez..... 93
- La influència de la Reforma Protestant en el Dret hereditari i en l'abstracció del negoci jurídic
María J. Roca Fernández 100



Internacional

- El nou Reglament Europeu de Règims Econòmics Matrimonials
Jesús Gómez Taboada 108
- El Reglament (UE) 650/2012: després dels primers anys d'aplicació què preocupa els operadors jurídics?
Jaume Tarabal Bosch i Maria Esperança Ginebra Molins..... 114



Pràctica

- Deures i drets dels administradors
Gerardo Conesa Martínez 116
- Responsabilitat Civil del Notari. El notari com a testimoni en el procés civil
Marcos Mas Rauchwerk 120



Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem
Redacció Lefebvre-El Derecho 139
- Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez 149



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat
Fernando Agustín Bonaga 154
- Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez 197



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 205

L'actuació notarial a la Llei Reguladora dels Contractes de Crèdit Immobiliari



Alfonso Cavallé Cruz
Degà del Col·legi de Notaris de les Illes Canàries

I. INTRODUCCIÓ

Els poders públics tenen el deure de garantir la defensa dels drets i els interessos legítims dels consumidors i dels usuaris, mitjançant procediments eficaços i, a més, han de promoure la seva informació i educació ⁽¹⁾. Entre les institucions de l'Estat que tenen l'encàrrec de fer efectiu aquest mandat es troba el Notariat, integrat per funcionaris públics ⁽²⁾ entre els deures dels quals l'ordenament jurídic els imposa, de forma expressa, vetllar pel respecte dels drets bàsics dels consumidors i usuaris ⁽³⁾ i garantir, mitjançant el subministrament d'una informació jurídica comprensible, que el consumidor o usuari celebra el contracte únicament havent portat a terme la reflexió prèvia suficient i amb ple coneixement del seu abast jurídic ⁽⁴⁾. Aquestes obligacions són conseqüència natural del seu deure genèric de vetllar per la regularitat, no només formal, sinó material dels actes o negocis jurídics que autoritzi o intervingui ⁽⁵⁾.

«En el ámbito de la actuación notarial -diu la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) en la Resolució de 9 de setembre 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 els últims temps la pràctica ha estat diferent en la contractació ordinària davant la contractació en massa.

- A la contractació ordinària en document notarial, la fase prèvia (preparació, redacció, assessorament i informació) té una rellevància pràctica efectiva per a tots els interessats i descansa en la interactuació dels futurs atorgants amb el Notari al qual, amb la rogació, requereixen la prestació del seu ofici ⁽⁶⁾. És el moment en què se li faciliten dades per a l'elaboració de l'instrument, li demanen que resolgui dubtes, li sol·liciten assessorament i informació, li expressen les finalitats empíriques que es proposen assolir, etc. Sobre aquestes rogacions, la documentació rebuda, les declaracions emeses i les conductes seguides pels atorgants, el Notari procedeix a redactar l'instrument públic, de conformitat amb la voluntat comuna dels atorgants, la qual ha d'indagar, interpretar i adequar-se a l'ordenament jurídic ⁽⁷⁾, i en la redacció ha d'utilitzar un estil clar, pur, precís, sense frases ni termes obscurs ni ambigus, i observant, de conformitat amb la Llei, com a regles imprescindibles, la veritat



en el concepto, la propiedad en el lenguaje i la severitat en la forma ⁽⁸⁾.

- Per la seva banda, a la contractació en massa amb condicions generals, a la pràctica la situació ha estat diferent, no només perquè el *clausulat* ha estat redactat de conformitat amb la minuta ⁽⁹⁾, sinó, sobretot, perquè, sovint, s'han anat produint pràctiques organitzatives de les empreses predisponents que dificulten al consumidor el dret a escollir el seu *Notari de confiança* ⁽¹⁰⁾ i, a més, fan que aquestes acaparin la fase precontractual en perjudici del consumidor, que els dies previs queda apartat de la seva interrelació amb el Notari. D'aquesta manera, el consumidor adherent, només es feia present davant el Notari, a qui de fet no sempre havia tingut l'oportunitat real d'escollir, el mateix dia de l'atorgament del contracte. La conseqüència ha estat una debilitat del sistema amb una disminució de la transparència material, l'augment de la conflictivitat i la pèrdua de seguretat.

Per corregir aquests desequilibris en la contractació en sèrie es percep nítidament la necessitat de donar més presència i protagonisme al consumidor en la fase precontractual per la seva rellevància. No en va, com assenyala el Tribunal de Justícia de la Unió 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 ⁽¹¹⁾.

L'experiència dels últims anys confirma que, en la contractació amb condicions generals, a la fase precontractual no es van aprofitar prou les possibilitats que brinda l'actuació notarial. Així va ser en la contractació hipotecària, on es va evidenciar la conveniència de promoure la interactuació entre el consumidor i el Notari en aquella fase, tal com passa en la contractació ordinària.

També ha quedat demostrat que es pot i s'ha d'aprofitar l'instrument públic notarial com un lloc idoni per deixar constància, en benefici d'ambdues parts, del compliment dels deures de transparència, incrementar la seguretat jurídica i evitar conflictes. Aquesta utilitat de l'instrument públic no és nova, ja que es preveu, amb caràcter general, en el segon paràgraf de l'art. 194 RN ⁽¹²⁾.

Avui es pretén donar una resposta completa a aquestes necessitats a la **Llei reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (en endavant LRCCI)**, aprovada definitivament al Parlament el dia 21 de febrer i pendent, avui dia 2 de març de 2019, de la seva publicació al BOE, que entrarà en vigor als tres mesos de la seva publicació ⁽¹³⁾.

Aquesta norma té alguns antecedents que, després d'uns quants anys d'aplicació

pràctica, permeten augurar-ne l'èxit. Per tal de donar més protagonisme al consumidor en la fase precontractual i que tingui més informació, es va iniciar una experiència al Col·legi de Notaris de les Illes Canàries, a través de tres Circulars d'obligat compliment ⁽¹⁴⁾. Els seus continguts mantenen paral·lelismes importants amb la nova Llei i la seva aplicació pràctica ha tingut resultats molt positius. En aquestes Circulars s'adoptaren mesures com comunicar per correu electrònic al prestador que l'esborrany del contracte ja estava a punt i se'l convidava a acudir a la Notaria en els dies previs a l'atorgament, amb la finalitat de revisar-lo i de rebre informació i assessorament previ individualitzat. Entre altres mesures també es va establir, amb caràcter obligatori, un test o guió-qüestionari detallat que el Notari havia de completar sobre la base de les preguntes i el diàleg amb el consumidor, per tal d'avaluar el seu grau d'informació i el compliment d'alguns deures de transparència de l'empresari. Una mesura similar va ser la Circular adoptada al Col·legi de Notaris de Catalunya aplicable als préstecs subjectes a la Llei 2/2009.

Una altra experiència pilot, que va sorgir del Consell General del Notariat, va ser el Programa Transparencia, amb molts punts en comú amb el que ara es preveu a la Llei de reforma dels contractes de crèdit immobiliari.

Una altra experiència pilot, que va sorgir del Consell General del Notariat, va ser el *Programa Transparencia* ⁽¹⁵⁾, amb molts punts en comú amb el que ara es preveu a la Llei de reforma dels contractes de crèdit immobiliari:

- l'enviament telemàtic des de l'entitat de crèdit, per conducte segur al Notari, amb antelació suficient, de la documentació necessària per a l'elaboració del document i de l'oferta vinculant o la Fitxa d'Informació Personalitzada;

- la clau telemàtica que rebria el prestatari per entregar al Notari que hagin escollit, amb la finalitat d'accedir a l'expedient amb l'oferta vinculant i altres documents relacionats;



- la invitació efectuada per correu electrònic des de la notaria al prestatari, per comparèixer anticipadament en la fase precontractual a l'oficina notarial, a rebre informació sobre la Llei d'escriptura;

- i el guió-qüestionari, similar al del Col·legi de Canàries, tal com ara es preveu amb el test que s'haurà d'incorporar a l'acta que regula la Llei.

El preàmbul de l'LRCCI diu que aquesta Llei té per objecte la transposició de la Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial i per la qual es modifiquen les Directives 2008/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) n. 1093/2010 ⁽¹⁶⁾. El preàmbul també diu 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. Aquesta Llei serà d'aplicació "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 endavant prestatari)" -per tant, "la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores"* ⁽¹⁷⁾- "i el contracte tingui per objecte, de conformitat amb l'article 2.1, que determina l'àmbit d'aplicació d'aquesta norma ⁽¹⁸⁾: la concessió de préstecs amb garantia hipotecària o un altre dret real de garantia sobre un immoble d'ús residencial, inclosos els elements com trasters, garatges, i qualssevol altres que, sense constituir habitatge com a tals, compleixen una funció domèstica (art. 2.1.a), o aquells la finalitat dels quals sigui adquirir o conservar drets de propietat sobre terrenys o immobles construïts o per construir, sempre que, en aquests casos, el prestatari, el fiador o garant sigui un consumidor (art. 2.1.b).

La LRCCI introdueix normes que doten els Notaris d'eines que els permetin fer més efectius els drets dels prestataris i incrementar la seguretat jurídica en aquesta contractació. En aquest sentit, el preàmbul estableix que *"entre los aspectos más novedosos de la Ley se establece*

una regulación 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." I, en relació amb l'actuació del Notari, el preàmbul exposa quin és el paper que se li assigna a aquest efecte, en establir 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 afegeix, *"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"*.

2n. GARANTIES EN LA INSTRUMENTALITZACIÓ

En relació amb l'actuació notarial, l'LRCCI adopta mesures concretes de transparència que enforteixen el paper i la responsabilitat del Notari que ara analitzarem.

Hem de tenir en compte que, de conformitat a l'art. 3 LCRRI, *"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."

1er. DRET A LA LLIURE ELECCIÓ DE NOTARI

L'LRCCI, en els articles 14 i 15, reconeix i proporciona rang legal al principi de lliure elecció de Notari per part del prestatari. Aquest principi es conforma com un dret del prestatari, una obligació del prestador, una condició de transparència material i un requisit per al bon funcionament del sistema notarial.

a) La lliure elecció de Notari com un dret del prestatari:

1.- Titular del dret

El paràgraf segon de l'art. 126 RN estableix que *"en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al cliente"*, que pot ser o no ser consumidor.

Amb l'LRCCI es dota de rang legal el principi de lliure elecció de Notari, que es converteix clarament en *norma de transparència*. D'aquesta manera es configura en dos preceptes: l'article 14, relatiu a les *normes de transparència en la comercialització de préstecs immobiliaris*, i l'article 15, sobre *comprovació del compliment del principi de transparència material*. Ambdós preceptes reconeixen el prestatari com a titular del dret a escollir el Notari que autoritzarà l'acta i el contracte de préstec.



2.- Lliure elecció i dret a la informació

El dret del prestatari a l'elecció del Notari està vinculat amb el seu dret bàsic a rebre informació⁽¹⁹⁾, cosa que comprèn rebre-la de la font adequada i en el moment oportú. Es tracta que el prestatari esculli el Notari *que li proporcioni informació jurídica comprensible, amb la finalitat que únicament celebri el contracte prèvia reflexió suficient i amb ple coneixement del seu abast jurídic*⁽²⁰⁾, o el que és el mateix, que el recolzi per adoptar la seva decisió *amb el coneixement de causa corresponent*⁽²¹⁾.

A l'LRCCI, el dret d'elecció de Notari i el dret a la informació estan vinculats i van de la mà, així es desprèn de l'article 15 que estableix que *"el prestatario habrá de comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento"* i el Notari farà constar, en acta notarial prèvia a la formalització del préstec hipotecari, *"las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado"* ... i ... *"deberá informar individualmente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento ... sin que sea suficiente una afirmación genérica."*

El Notari escollit pel prestatari i no cap altre, és, per tant, el qui ha de proporcionar-li informació comprensible, per tal que conegui amb senzillesa tant la càrrega econòmica, és a dir, l'onerositat de la prestació que vol obtenir, com la càrrega jurídica, és a dir, la posició jurídica en el contracte⁽²²⁾.

3. Lliure elecció i confiança

El primer profit que ha de tenir el document notarial és generar confiança: *«nihil prius fide»*. «Fides» significa això, fe o confiança. La confiança en el Notari i, per tant, en l'instrument públic, dota de seguretat i certesa el tràfic jurídic.

L'elecció del Notari pel prestatari que autoritzarà l'acta i l'escriptura facilita la interrelació de confiança entre ells, cosa que millora la comunicació i, per tant, la informació i l'assessorament a la part més necessitada de protecció. Segons l'exposició de motius del RD 45/2007, de 19 de gener, *"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"*⁽²³⁾. En termes semblants es va manifestar el Tribunal Suprem quan va afirmar que la lliure elecció de Notari està *"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."*⁽²⁴⁾

L'elecció del Notari pel prestatari que autoritzarà l'acta i l'escriptura facilita la interrelació de confiança entre ells, cosa que millora la comunicació i, per tant, la informació i l'assessorament a la part més necessitada de protecció.

4.- Caràcter irrenunciable i no negociable

La lliure elecció del Notari és un dret subjectiu del prestatari, irrenunciable, de conformitat amb l'art. 3 RCCI i, per tant, no negociable⁽²⁵⁾. Per la seva banda, l'art. 89.8 TRLGDCU considera abusives les clàusules de renúncia o transacció sobre el dret a elecció de fedatari. Conseqüentment, no és possible la renúncia simplement, ni per contraprestació, directa o indirecta, ni la transacció.

5. Temps per a l'exercici del dret

Com diu la DGRN, *"por su propia naturaleza, la libre elección de Notario es plenamente aplicable al momento previo,*

así como al otorgamiento del documento público."⁽²⁶⁾

El moment en què el prestatari ha d'exercir el seu dret a escollir està estretament relacionat amb el temps que disposa per obtenir informació del Notari, que no se circumscriu al moment de la lectura, atorgament o autorització, sinó que també afecta, de manera determinant, a la fase precontractual.

L'elecció del Notari pel prestatari ha de ser possible durant tot el període dels deu dies naturals previs al dia de l'atorgament, tal com es desprèn de l'article 14.1 LRCCI, que:

- Imposa al prestamista l'obligació d'entregar al prestatari o potencial prestatari, amb una *"antelación mínima de diez días naturales"* respecte al moment de la signatura del contracte, entre altra documentació, l'advertència al prestatari de l'obligació de rebre assessorament *"del Notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública de préstamo."*⁽²⁷⁾

- I entre la documentació que el prestador ha de trametre a l'aplicació per a posar-la a disposició del Notari escollit l'últim paràgraf de l'article 14.1 LRCCI, inclou una *"manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido."* La remissió s'ha de fer per mitjans telemàtics segurs i *"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 recepció pel Notari escollit, *"con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato"*, és la forma de comprovar fefaentment que el prestador ha lliurat la documentació al prestatari dins del termini i, en conseqüència, que aquest va poder, des de l'inici del termini, escollir autònomament Notari.

b) La lliure elecció com a deure de transparència del prestador.

El deure del prestador de facilitar la lliure elecció és un requisit de transparència del qual deriven obligacions *de fer* i *de no fer*. Entre les obligacions *de fer*, el prestador ha d'informar en temps i forma al prestatari del seu dret i, a més, ha d'adoptar les mesures organitzatives eficaces per fer-lo realitat.



Com a obligacions *de no fer*, ha d'evitar actuacions o pràctiques organitzatives que ocultin, dificultin o n'impedeixin l'exercici.

1. Obligació d'informar

L'art. 14.1.g) de l'LRCCI imposa al prestador el deure de lliurar, amb una antelació mínima de deu dies naturals respecte al moment de la signatura del contracte *"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. Mesures organitzatives

La norma exigeix una actitud proactiva al prestamista, ja que *"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"* (últim paràgraf article 14. 1).

3. Requisit de transparència

Els deures del prestador d'informar i facilitar l'elecció al prestatari tenen la consideració de *"normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios."*⁽²⁸⁾ Si el prestador ha dificultat, impedit, o no ha informat al prestatari en temps i forma ha incomplert un requisit de transparència, que no queda esmenat per l'acceptació o la renúncia del prestatari, ni tan sols per una informació i assessorament complet proporcionat per un Notari que no hagi estat l'escollit de manera autònoma pel prestatari⁽²⁹⁾. Qualsevol mesura organitzativa o pràctica⁽³⁰⁾ del prestador contrària a aquest dret és abusiva segons el que s'ha establert, amb caràcter general, a l'art. 82.1 del TRLGDCU i, especialment, en els arts 89.8 TRLGDCU (renúncia o transacció sobre el dret a elecció de fedatari) i 86.1 TRLGDCU (la exclusió o limitació de forma inadequada dels drets legals del consumidor o usuari, per incompliment dels deures de l'empresari, que limiten o priven el consumidor i l'usuari dels drets reconeguts



per normes dispositives o imperatives, com és el cas del dret d'elecció de Notari), cosa que impedirà la incorporació de les condicions generals al contracte⁽³¹⁾. El segon paràgraf de l'art. 83 del TRLGDCU, segons la nova redacció donada per l'LRCCI, estableix que *"las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho"*⁽³²⁾

La prova del compliment d'aquests deures de transparència i d'informació correspon al predisponent, per ser l'obligat a facilitar-los.

c) Lliure elecció i funcionament del sistema notarial.

El principi de lliure elecció de Notari⁽³³⁾, és un element essencial per a l'adequada concurrència entre els Notaris⁽³⁴⁾. Com estableix la Sentència del Tribunal Suprem, Sala del contenciós, de 7 de juny 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 Reglament⁽³⁵⁾). I com afirma aquesta sentència, la imparcialitat⁽³⁶⁾ del Notari és de tal importància que s'ha de procurar *"incluso en la apariencia"*.

L'exposició de motius del RD 45/2007, de 19 de gener, recorda que el Notari *"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»⁽³⁷⁾. La lliure elecció per part del consumidor afavoreix la necessària independència organitzativa i econòmica del Notari davant les entitats financeres, immobiliàries i empreses que contracten en massa.

La legislació notarial considera faltes greus les conductes que impedeixin al Notari *"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"*⁽³⁸⁾. A més, l'LRCCI modifica el règim disciplinari dels Notaris i afegeix, entre les faltes molt greus, l'incompliment en aixecar l'acta prèviament a la seva formalització en els termes previstos en la Llei. Entre aquestes previsions, o termes previstos en la Llei, figura que l'acta sigui autoritzada pel Notari lliurement escollit pel prestatari⁽³⁹⁾.

3er. INFORMACIÓ I ASSESSORAMENT EN TEMPS I FORMA

Per tal de garantir la transparència d'aquests contractes juntament amb el deure d'informació del prestador, hi ha també el deure d'informació del Notari, amb diferent naturalesa: l'un procedeix



d'una de les parts contractants i l'altre, d'un funcionari imparcial i independent ⁽⁴⁰⁾ de les parts. Ambdues informacions es complementen, però no se supleixen i ambdues són obligatòries, ja que, com es diu a l'art. 15.9 de l'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) Informació del prestador

La informació precontractual que ha de facilitar el prestador ha de ser clara, oportuna i adaptada a la persona:

- El requisit de la *claredat* es reitera en tot l'articulat de l'LRCCI.

- L' *oportunitat* implica que ha de *"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"*, per tal que el consumidor pugui adoptar una decisió informada i *"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"* ⁽⁴¹⁾.

- La informació personalitzada es facilitarà mitjançant la Fitxa Europea d'Informació Normalitzada (FEIN) ⁽⁴²⁾ estesa en un sol document amb caràcters tipogràfics llegibles clarament ⁽⁴³⁾, en la qual s'inclou informació

personalitzada i els continguts que es detallen a l'Annex I de l'LRCCI.

La decisió del prestador ha d'ajudar-se de la informació precontractual que, en definitiva, és la que li haurà permès optar per un producte i, per consegüent, triar celebrar amb un prestador determinat un contracte amb un contingut definit. Basant-se en la informació prèvia, el consumidor arriba a tenir el coneixement i el convenciment necessaris que la seva opció respon al que vol veritablement.

Si el prestador va facilitar en forma i, oportunament, informació clara, haurà actuat amb lleialtat i transparència, i recau en el prestatari un deure mínim de diligència consistent a llegir-la, consultar, assessorar-se o interessar-se pel seu contingut, per a la qual cosa l'LRCCI ofereix àmplies possibilitats.

b) Informació i assessorament del Notari

Seguidament esmentem algunes de les característiques de la informació que ha de facilitar el Notari:

1. Informació comprensible

El notari ha de subministrar informació jurídica comprensible ⁽⁴⁴⁾, per tant, adaptada a les circumstàncies de la persona a la qual es dirigeix, de manera que el llenguatge tècnic no sigui una barrera que impedeixi o dificulti la comprensibilitat al

compareixent. Aquesta informació jurídica comprensible va més enllà d'una simple lectura automàtica o literal de l'instrument públic, ja que les explicacions del Notari s'han d'adaptar a la persona, de manera que pugui conèixer *el valor i l'abast de la seva redacció* ⁽⁴⁵⁾.

2. Contingut

Diu l'article 1 RN que els Notaris *"com a professionals del dret tenen la missió d'assessorar els qui reclamen el seu ministeri i aconsellar-los els mitjans jurídics més adequats per assolir els fins lícits que aquells es proposen aconseguir"*. Des del punt de vista temporal, la informació i l'assessorament, com ja hem apuntat, no es limiten al moment de l'atorgament, lectura, subscripció i autorització del document, o fase contractual, sinó que també abasten la fase pre i postcontractual ⁽⁴⁶⁾, i s'estén a tots els aspectes relacionats amb els *Codis civil i de comerç, Llei hipotecària i el seu Reglament i en altres lleis especials*, com diu l'article 194 RN. Entre aquestes lleis especials hi ha:

Diu l'article 1 RN que els Notaris *"com a professionals del dret tenen la missió d'assessorar els qui reclamen el seu ministeri i aconsellar-los els mitjans jurídics més adequats per assolir els fins lícits que aquells es proposen aconseguir"*.

- La Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, l'article 2 ⁽⁴⁷⁾ de la qual exigeix que el Notari adverteixi de l'aplicabilitat d'aquesta Llei, tant en els aspectes generals com en cada cas concret sotmès a la seva intervenció;

- El Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, l'article 81 de la qual estableix que els notaris, en l'exercici professional de la seva funció pública, han d'informar els consumidors i usuaris en els assumptes propis de la seva especialitat i competència "i correspon precisament als Notaris, de conformitat amb l'article 1 LN, donar fe, de conformitat amb les lleis, dels contractes i altres actes extrajudicials";



- I, en matèria dels contractes regulats a l'LRCCI, com diu el seu preàmbul que, atribueix *"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. Imparcialitat

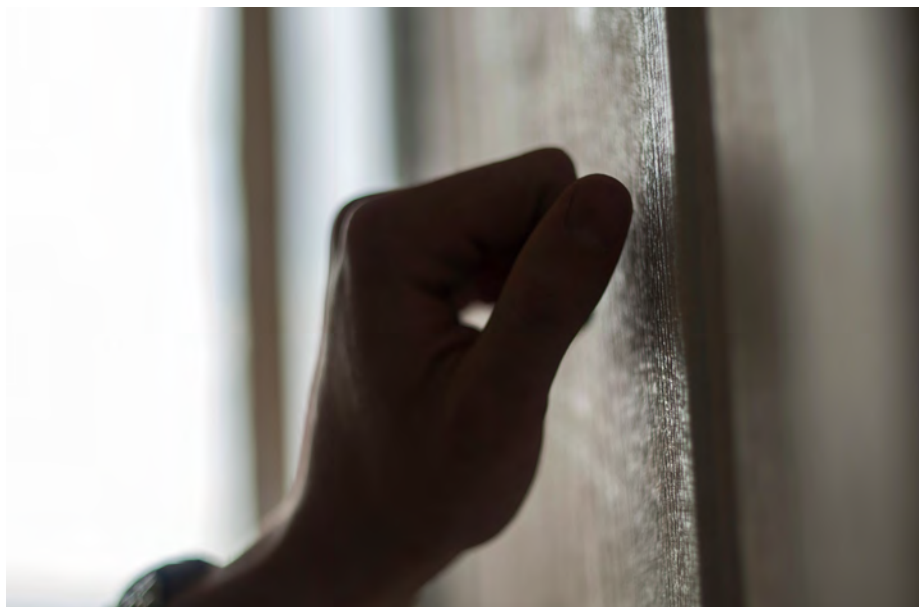
El Notari, que no és assessor de part, assessorarà amb imparcialitat⁽⁴⁸⁾, el que és compatible amb la seva funció equilibradora que l'obliga a una protecció especial a l'atorgant feble o més necessitat, categoria en la qual s'enquadra el prestatari, davant el que el seu deure d'assessorament i informació es fa més intens. En aquest sentit l'article 147 RN imposa que, *"Sense minva de la seva imparcialitat, el notari ha d'insistir a informar una de les parts respecte de les clàusules de les escriptures i de les pòlisses proposades per l'altra, comprovar que no contenen condicions generals declarades nul·les per sentència ferma i inscrita en el Registre de condicions generals, i prestar assistència especial a l'atorgant que la necessiti. També ha d'assessorar les parts amb imparcialitat i vetllar pel respecte dels drets bàsics dels consumidors i usuaris"*.

4. Presencial

"El prestatario habrá de comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento (artículo 15.1)"⁽⁴⁹⁾. El contacte presencial davant Notari dels compareixents li permet fer una apreciació de les circumstàncies de cada persona, ponderar aspectes com el seu grau d'enteniment i d'instrucció, que el portaran a modular i adequar les seves explicacions per tal que els compareixents, guiats pel Notari, arribin a un coneixement total de l'abast i efectes⁽⁵⁰⁾ jurídics i econòmics del negoci.

5. Individual

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



6. Obligatori

"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" (article 15.3)⁽⁵¹⁾. *"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"* (article 15.4). La incompareixença comporta aparellada que *"no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo"* (article 15.5), sense que el prestatari pugui renunciar a aquest dret-obligació⁽⁵²⁾.

Des del punt de vista del Notari, es qualifica com a falta disciplinària molt greu l'autorització *"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"*⁽⁵³⁾.

7. Contingut

Sens perjudici de l'assessorament i informació sobre els aspectes relacionats amb el negoci jurídic, i els actes previs i posteriors, el Notari, en especial, ha de respondre a les qüestions plantejades pel prestatari (art. 25.2.b.) i prestar assessorament relatiu a les clàusules específiques recollides a la Fitxa Europea

d'Informació Normalitzada (FEIN) i a la Fitxa d'Advertències Estandaritzades (FIAE), de manera individualitzada i amb referència expressa a cada una (article 15.2.c.).

4rt. PROCEDIMENT DOCUMENTAL

Aquest procediment s'inicia amb la tramesa telemàtica de la documentació al Notari elegit pel prestatari i finalitza amb l'autorització per aquest de l'escriptura de préstec o crèdit hipotecari.

1er. Tramesa telemàtica de la documentació a la Notaria

El procediment documental comença amb la tramesa pel prestador al Notari elegit pel prestatari de la documentació relacionada a l'apartat 1 de l'art. 14 LRCCI⁽⁵⁴⁾, *"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 relatiu a la comprovació del compliment del principi de transparència material.

El darrer paràgraf de l'article 14.1 continua dient 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 els documents a remetre hi ha d’haver, obligatòriament: 1) la Fitxa Europea d’Informació Normalitzada (FEIN); 2) una Fitxa d’Advertiments Estandarditzats (FIAE); 3) en el cas que es tracti d’un préstec a tipus d’interès variable, d’un document separat amb una referència especial a les quotes periòdiques a satisfer pel prestatari en diferents escenaris d’evolució dels tipus d’interès; 4) una còpia del projecte de contracte; 5) informació clara i veraç de les despeses; 6) quan el prestador, intermediari de crèdit o el seu representant, si és el cas, requereixi al prestatari la subscripció d’una pòlissa d’assegurança en garantia del compliment de les obligacions del contracte de préstec, així com la subscripció d’una assegurança de danys respecte de l’immoble objecte d’hipoteca i de la resta d’assegurances previstes en la normativa del mercat hipotecari, ha de lliurar al prestatari per escrit les condicions de les garanties de l’assegurança que exigeix; 7) l’advertència al prestatari de l’obligació de

rebre assessorament personalitzat i gratuït del Notari que ha estat elegit pel prestatari; 8) i la manifestació signada pel prestatari, en què declari que ha rebut la documentació i que se li va explicar el contingut (art. 14.1 LRCCI).

Al costat d’aquests documents, el prestador també podrà trametre al Notari altres documents, com els que siguin necessaris per confeccionar l’escriptura (per exemple: la taxació, l’escriptura de propietat, el rebut de contribució, etc.) i, especialment, aquells que sigui convenient incorporar a l’escriptura per tal de deixar prova de l’adopció de “protocolos o actuaciones específicas adoptados por la entidad de crédito para dar cumplimiento a su propio especial deber de transparencia.”⁽⁵⁵⁾

2n. L’acta

Un dels aspectes més innovadors de l’LRCCI, i amb l’objectiu de complementar les mesures pensades per reforçar l’equilibri que ha d’existir entre les parts, és la formalització, amb caràcter previ, d’una acta en la qual es deixarà constància del deure d’assessorament imparcial que ha de prestar el Notari al prestatari, aclarint, com diu el preàmbul, “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, continua 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) Redacció

Per a la redacció de l’acta s’ha d’atendre el que disposa l’article 15 LRCCI i al Capítol II, del Títol IV, del Reglament Notarial, articles 147 i següents, especialment la secció 4a, relativa a les actes notariales, articles 198 i següents. La transcripció dels fets correspon exclusivament al Notari, “según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos”⁽⁵⁶⁾, sense que, per la seva naturalesa, hi hagi la possibilitat que siguin redactats sobre la base de minuts presentades per qualsevol de les parts. En relació amb les manifestacions que facin els compareixents, han de ser redactades pel Notari “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”⁽⁵⁷⁾, 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”⁽⁵⁸⁾.

b) Compareixença i intervenció

“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” (article 15.3). L’obligació de compareixença “se extenderá” a més del prestatari “a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo” (article 15.4). En conseqüència, si el prestatari és persona física, però fiador o el garant fossin persones jurídiques, no serà necessari, encara que sí convenient, que el representant d’aquesta darrera comparegui en l’acta.



La compareixença es pot efectuar personalment o mitjançant apoderat, amb poder en document públic ⁽⁵⁹⁾, que contingui facultats que hauran de ser suficients segons el parer del Notari ⁽⁶⁰⁾. Si són diverses persones els prestataris o garants, no és necessària la compareixença simultània de tots ells, per la qual cosa podran comparèixer separatament i es deixarà constància de les diferents compareixences mitjançant diligències successives ⁽⁶¹⁾ en una única acta.

c) Comprovacions específiques

L'article 15.2 LRCCI estableix que *"el Notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1."*, relatiu a les normes de transparència en la comercialització de préstecs immobiliaris. La primera comprovació del Notari, per tal d'admetre el requeriment, ha de ser verificar que la documentació lliurada pel prestador, intermediari de crèdit o representant designat al prestatari, coincideixi amb tota l'exigida en l'article 14.1. El Notari, després de comprovar que la documentació s'ha lliurat efectivament al prestatari, ha d'examinar els documents per tal de verificar que s'adeqüin als requisits formals i de contingut que estableix l'LRCCI. Així, ha de constatar que la FEIN i la FIAE s'ajusten al model i a les exigències fixats, que el contingut del projecte contractual respecta les normes i que no hi ha discrepàncies entre la informació continguda en la FEIN i la FIAE i altra documentació facilitada al prestatari i la Llei contractual.

Un cop quedi justificat el compliment, ha de fer constar en l'acta i ressenyarà en l'escriptura de préstec *que el prestatari ha rebut dins el termini la documentació i l'assessorament* (article 15.7). Això implica verificar:

a) Si la posada a disposició del prestatari dels documents descrits en l'article 14.1 es va fer amb una antelació mínima de deu dies naturals respecte del que es preveu per a l'atorgament i l'autorització de l'escriptura de préstec, i que el prestatari ha rebut dins el termini la documentació i l'assessorament previst (articles 10, 14 i 15). El mecanisme que tindrà el Notari per assegurar-se que el prestatari va rebre la documentació dins el termini és la constància de la recepció de la documentació a la Notaria, que li va haver de remetre el prestador per mitjans

telemàtics. El sistema informàtic *"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"* (article 14.1) i, entre aquests, s'inclou *"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.).

Aquesta documentació, diu l'art. 14, *"deberá remitirse también al Notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente"*, és a dir l'art. 15, referit *"a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material"*. Com a garantia addicional, ordena l'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 conseqüència, la data de recepció indicarà al Notari si es va complir o no el requisit del lliurament amb una antelació mínima de deu dies naturals al de l'atorgament de l'escriptura.

A més, la data de recepció permetrà al Notari comprovar que el prestatari va tenir la possibilitat real durant almenys deu dies d'exercir el seu dret-obligació de comparèixer davant seu per tal de rebre assessorament individualitzat i estendre l'acta.

A més, la data de recepció permetrà al Notari comprovar que el prestatari va tenir la possibilitat real durant almenys deu dies d'exercir el seu dret-obligació de comparèixer davant seu per tal de rebre assessorament individualitzat i estendre l'acta. És a dir, des del mateix dia en què va rebre la documentació (que havia de ser abans dels deu dies previs a l'atorgament), fins al dia anterior a l'atorgament de l'escriptura de préstec.

b) La ressenya de les *qüestions plantejades* per cada un dels prestataris, fidors o hipotecants no deutors i la resposta i *l'assessorament prestat pel Notari*.



c) També haurà de fer constar en acta que ha informat individualment, i que ha prestat assessorament relatiu a les clàusules específiques recollides en la Fitxa Europea d'Informació Normalitzada (FEIN) i en la Fitxa d'Advertiments Estandarditzades (FIAE), de manera individualitzada i amb referència expressa a cadascuna, sense que sigui suficient una afirmació genèrica.

c) Igualment, i en presència del Notari, el prestatari ha de respondre a un test que tindrà per objecte concretar la documentació lliurada i la informació subministrada (15.2.c LRCCI). Similar al test que preveu l'LRCCI s'ha anat utilitzant un guió-qüestionari en l'àmbit del Col·legi de Notaris de Canàries ⁽⁶²⁾. La utilització del guió-qüestionari, després de l'experiència dels darrers anys a les Canàries, es pot qualificar d'exitosa, útil i positiva ⁽⁶³⁾.

d) Documentació incorporada a l'acta.

Per tal de deixar constància del desenvolupament de certs fets rellevants que afecten els requisits de transparència, es poden incorporar a l'acta els documents rebuts per via telemàtica. També es pot incorporar, a sol·licitud del mateix Notari, del prestatari i de l'entitat de crèdit qualsevol altre document que sigui convenient conservar, entre aquests els que puguin deixar constància, a efectes probatoris, de protocols o d'actuacions específiques adoptats per l'entitat de crèdit per donar compliment al seu deure especial de transparència ⁽⁶⁴⁾.



e) Resultat negatiu: prohibició d'autoritzar

L'apartat 5 de l'article 15 LRCCI estableix, 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) Efectes

L'article 15. 6 LRCCI estableix: *"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"*.

3er- Atorgament de l'escriptura de préstec o crèdit

Els contractes de préstec *"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" (article 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". (article 22.2).

Una vegada autorizada l'acta, *"que goza de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro"* ⁽⁶⁵⁾, en la qual es va acreditar el compliment en temps i forma de les obligacions que imposa al prestador l'article 14.1 i emplenada de conformitat amb el que disposa l'article 15, es pot autoritzar l'escriptura de préstec o crèdit. Per tal de deixar constància del compliment d'aquest requisit, el paràgraf 7 de l'article 15 estableix que *"en la escritura pública de préstamo el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. I afegeix: 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. I l'article 22.2 estableix 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 consentiment del atorgants va precedit de la lectura de l'escriptura ⁽⁶⁶⁾, en la qual s'ha de posar en relació amb el deure d'assessorament. Per això no es tracta d'una lectura mecànica, sinó que ha de ser didàctica o explicativa, adequada a les circumstàncies de la persona, dirigida a la comprensibilitat de les clàusules del document. La lectura implica que el consentiment que prestaran els atorgants ho és en relació amb un contingut determinat donat a conèixer prèviament, acceptat, consentit i signat. En això es diferencia del document privat que, encara que els subscriptors n'hagin reconegut la signatura, no garanteix que els signants coneguin el contingut del document per la qual cosa, com que es tracta d'escriptura pública, no hi ha lloc per a l'excepció de document no llegit *"exceptio eschadulae non lectae"*.

Com a requisit d'autorització de l'escriptura de préstec, el Notari ha de donar fe, de manera expressa, de que el consentiment ha estat prestat lliurement i de que l'atorgament s'adequa a la legalitat i a la voluntat degudament informada dels atorgants o intervinents.

Com a requisit d'autorització de l'escriptura de préstec, el Notari ha de donar fe, de manera expressa, *de que el consentiment ha estat prestat lliurement i de que l'atorgament s'adequa a la legalitat i a la voluntat degudament informada dels atorgants o intervinents* ⁽⁶⁷⁾. Es tracta, igual que els altres judicis que emet el Notari, d'un judici lògic, amb valor jurídic, com a acte de pensament per mitjà del qual arriba a les conclusions o convenciment següents:

a. - Que el consentiment ha estat lliurement prestat i és fidel reflex de l'exercici autònom de la seva voluntat. Aquest judici és el resultat d'una tasca de comprovació, garanteix que des del punt de vista extern no hi ha hagut coacció o manipulació, i des del punt de vista intern, que hi ha llibertat, per la qual cosa la funció notarial a més d'indagar ha estat assessora i conformadora, per tal d'esbrinar i aconseguir el que veritablement volen els atorgants, no el que volen aparentment,



o el que volen per impremeditació, desinformació o ignorància.

b.- Que hi ha un consentiment informat. Això vol dir, que va rebre la informació en temps i forma, i, a més, que el Notari li ha facilitat informació comprensible, és a dir, assessorament i informació adequats, clars i adaptats a les circumstàncies de cada persona, per tal que li permeti adquirir un *“cabal conocimiento del alcance y efectos del acto o contrato que se documenta”*⁽⁶⁸⁾, de modo que, el otorgante, *“únicamente celebre el contrato previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”*⁽⁶⁹⁾. Es tracta d'un consentiment qualificat que s'ha de modelar per la informació rebuda al llarg de l'iter contractual, que va començar en la fase precontractual, en la qual aconsegueix especial relleu la formalització de l'acta, i conclou en la contractual amb la lectura, l'atorgament i l'autorització de l'instrument públic.

c.- Consentiment adequat a la voluntat i a la legalitat. El Notari, per tant, ha de fer confluïr el respecte a l'autonomia de la voluntat dels atorgants i el respecte a l'ordenament jurídic, dins el qual s'inclouen les normes que emparen i defensen els drets dels prestatari i consumidors.

d.- Prohibició d'incloure en els contractes clàusules contràries a normes imperatives o prohibitives o que hagin estat declarades nul·les per abusives.

El control de la legalitat és una característica originària i essencial del Notariat⁽⁷⁰⁾. Aquest principi, de sentit comú, i típic de tots els Notariats i en totes les èpoques, es proclama en la Llei del Notariat en el seu primer article *“el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”* i es reitera en l'article 17 bis, pel qual el Notari ha d'emetre el seu judici de legalitat, donant fe que l'atorgament s'adequa a la legalitat. I en el mateix sentit l'article 24 de l'LN quan exigeix als Notaris 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 va, com afirma el Tribunal Constitucional a la Sentència 207/1999, *“a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad”*. També la Sentència del Ple de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de 12

de setembre de 2014, quan afirma que *“la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, son funciones que llevan a cabo los Notarios”*. Per consegüent, si el Notari arriba a jutjar que el pretès atorgament, *no s'adequa a la legalitat*, no pot fer dació de fe, ha de denegar l'autorització⁽⁷¹⁾.

Pel que fa a les condicions generals, l'art. 23 de la LCGC estableix 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 matèria de clàusules abusives, l'article 84 TR⁽⁷²⁾ LGDCU diu: *“Els Notaris i els registradors de la propietat i mercantils, en l'exercici professional de les seves respectives funcions públiques, no han d'autoritzar ni inscriure els contractes o negocis jurídics en què es pretengui la inclusió de clàusules declarades nul·les per abusives en sentència inscrita en el Registre de condicions generals de la contractació”*.

L'article 7. 1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, *“imposa als Estats membres l'obligació de vetllar perquè en els seus ordenaments jurídics nacionals hi hagi mitjans adequats i eficaços perquè cessi l'ús de clàusules abusives en els contractes celebrats entre professionals i consumidors”*. Entre aquests mitjans eficaços hi ha la negativa a l'autorització pels Notaris de documents amb determinats continguts contraris a normes imperatives o prohibitives (articles 1, 17 i 24 LN). Per això, en els casos en què expressament la Llei reconegui el caràcter abusiu d'una determinada clàusula (llista negra), ho hagi declarat la jurisprudència o una sentència ferma inscrita al Registre de Condicions Generals, el Notari no pot autoritzar ni el Registrador pot inscriure⁽⁷³⁾ contractes en què es pretengui la inclusió d'aquestes clàusules. El que no poden el Notari ni el Registrador és, fora d'aquests casos, declarar abusiva una clàusula -funció encomanada als jutges-⁽⁷⁴⁾, sense perjudici del seu deure d'informació en relació amb això, que facilitarà, si és el cas, a l'adherent, l'exercici dels seus drets (art. 84 TR LGDCU).

CONCLUSIÓ

La regulació de l'actuació notarial configurada a l'LRCCI beneficia tothom:

- el prestatari, que veu garantits els seus drets, especialment el de rebre dins el termini la documentació i ser informat adequadament i en temps oportú;
- els prestadors, que veuen millorada la confiança en aquesta contractació en adoptar eines que permeten deixar constància del compliment dels seus deures de transparència, donant més seguretat;
- el Notariat, en potenciar el principi de lliure elecció de Notari i donar eines que li permetran exercir de forma més eficaç la seva funció d'informació i assessorament,
- i la societat, en millorar el desenvolupament i la confiança d'un sector tan important de la contractació financera disminuint la conflictivitat.

NOTES

- (1) Art. 51 Constitució espanyola.
- (2) Art. 1 Llei del Notariat (LN).
- (3) Art. 147 Reglament Notarial (RN).
- (4) Art. 93.i) Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, i altres lleis complementàries (TRLGDCU).
- (5) Art. 24 LN.
- (6) Art. 3 RN i art. 2 LN.
- (7) Art. 147 RN.
- (8) Art. 148 RN.
- (9) Art. 147 RN.
- (10) Cfr. Exposició de motius Reial decret 45/2007, de 19 de gener, pel qual es modifica el Reglament de l'organització i règim del Notariat.
- (11) Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE), de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180.
- (12) El segon paràgraf de l'art. 194 RN estableix 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) Disposició adicional setzena.

(14) Circulars de la Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Canàries:

-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), data 15 de maig 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, data 19 d'agost 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, data 17 de març 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).

(16) La Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per béns immobles d'ús residencial, es va proposar, entre altres, els objectius següents:

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

- Aconseguir “la instauración de un mercado crediticio más transparente y eficiente” (Considerant (2) Directiva 2014/17/UE);

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

L'article 2 de la Directiva 2014/17/UE, que estableix 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) Com estableix el preàmbul 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) TRLGDCU.



- (21) Article 7. 1. Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial: *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 maig de 2014).
- (23) Com ja s'ha anteriorment, l'exposició de motius del Reial decret 45/2007, de 19 de gener, que va modificar el Reglament Notarial, tenia com un dels seus objectius *“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 març de 2013.
- (25) El caràcter d'irrenunciable i no negociable també resulta dels arts. 3 i 126 RN i 10 i 89.8 TRLGDCU.
- (26) RDGRN 9 de setembre 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) L'article 14, que té com a enunciat «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios», reconeix aquest dret del prestatari.
- (29) El Tribunal Suprem, en Sentència de 8 de setembre de 2014, recordava que la

lectura de l'escriptura pública i, en el seu cas, el contrast de les condicions financeres de l'oferta vinculant amb la del préstec hipotecari corresponent, no supleixen, per elles mateixes, sense protocol o protecció específica respecte d'això, el compliment d'aquest deure de transparència especial.

- (30) Entre altres, les pràctiques que imposen o dificulten l'elecció de Notari, o les que limiten l'elecció del consumidor entre els Notaris seleccionats prèviament per l'entitat o, el que és pitjor, aquelles que restringeixen l'elecció a Notaris que mantenen vincles econòmics amb l'entitat de crèdits (comptes, préstecs, assegurances, subscripció de productes). Cfr. Capítol IV. Codi Deontològic del Notariat Espanyol.
- (31) Art. 7.a., 8, 9 i 10 Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, i 82.1., 83 i 89.8 Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries.
- (32) La final quarta de l'LRCCI afegeix un paràgraf nou a l'art. 83 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, que queda redactat en els termes següents: «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 Reial decret 45/2007, de 19 de gener, pel qual es modifica el Reglament de l'organització i règim del Notariat, aprovat per Decret de 2 de juny de 1944, tenia com un dels seus objectius ressaltar el dret a escollir lliurement Notari, ja que aquest, com a funcionari públic que controla la legalitat (art. 17 bis de la Llei del Notariat), ha de prestar la seva funció en règim de plena independència i imparcialitat, sense que hi puguin haver circumstàncies que posin en risc o dificultin aquesta nota tant essencial: *“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) Actualment art. 126, després de la reforma del Reial decret 45/2007, de 19 de gener, pel qual es modifica el Reglament de l'organització i règim de Notariat, aprovat per Decret de 2 de juny de 1944.
- (36) Art. 103 CE, art. 93, i TR LGDCU i arts. 134, 147 i 349 RN)
- (37) Exposició de motius del RD 45/2007, de 19 de gener.

(38) Art. 349 c) RN.

- (39) La disposició final sisena de l'LRCCI modifica la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, i afegeix un apartat e) a l'apartat h) de la lletra A), Infraccions molt greus, de l'apartat dos. Règim Disciplinari dels Notaris, art. 43, Règim del Cos únic de Notaris, per afegir, entre les faltes molt greus, per una banda, *“el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial”* i, per l'altra, *“de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley.”*
- (40) Correspon, com diu el preàmbul de l'LRCCI que aquesta *“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) Article 10.1. LRCCI. Article 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 personalitzada a què es refereix aquest article es facilita mitjançant la Fitxa Europea d'Informació Normalitzada (FEIN) que es recull en l'Annex I d'aquesta Llei.
- (42) Article 10.2 LRCCI.
- (43) ANNEX I de l'LRCCI
- (44) Article 93, i. TRLGDCU.
- (45) Article 147 RN.
- (46) Resolució DGRN de 9 de setembre de 2015.
- (47) Article 23. Informació.
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 incorporació a que se referen els articles 5 i 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) Article 147 RN, article 15.8 LRCCI i preàmbul LRCCI.

(49) La informació i assessorament, que s'ha d'obtenir precisament del Notari que ha triat, és un dret del prestatari, del qual, a més de l'acta obligatòria, podrà fer ús en qualsevol altre moment i totes les vegades que consideri necessàries, en la fase precontractual, contractual i postcontractual.

(50) Art. 193 RN.

(51) En aquest mateix sentit la lletra g) de l'apartat i de l'article 14, en imposar al prestatari "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" de conformitat amb l'apartat 1 de l'article 14.

(52) Com estableix el paràgraf primer de l'article 3 LRCCI, les disposicions d'aquesta Llei i les contingudes en les seves normes de desplegament tenen caràcter imperatiu, i no estan disponibles per a les parts contractants excepte que la norma estableixi expressament el contrari. L'incompliment comporta que seran nuls de ple dret els actes realitzats en frau del que disposa aquesta Llei, de conformitat amb el que preveu l'article 6 del Codi civil i, en particular, la renúncia prèvia dels drets que aquesta Llei reconeix al deutor, fiador, garant o hipotecant no deutor.

(53) Disposició final sisena de l'LRCCI, modifica la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, afegint un apartat e) a l'apartat h) de la lletra A), Infraccions molt greus, de l'apartat Dos. Règim Disciplinari dels Notaris, art 43.

(54) Article 14. Normes de transparència en la comercialització de préstecs immobiliaris.

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 corresponderán 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 produjesen 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 entendiéndose 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 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 setembre de 2014.

(56) Art. 199 RN.

(57) Art. 208 RN.

(58) Art. 194 RN.

(59) Art. 1280 Codi civil.

(60) Art. 98 Llei 24/2001 de 27 de desembre.

(61) Art. 198. 4rt) RN.

(62) Establert per tres Circulars de compliment obligatori: 15 de maig de 2015, 19 d'agost de 2016 i 17 de març de 2017. El guió-qüestionari que s'utilitza al Col·legi de les Canàries, que és complementat pel Notari en presència del prestatari basant-se en les seves respostes, a més de constituir prova en benefici de les dues parts i incrementar la seguretat, resulta una eina útil perquè el Notari aprecii el grau de comprensió en informació aconseguit pel prestatari.

(63) Segons la segona 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 setembre de 2014.

(65) Art. 17 bis 2. b) LN i 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) A *Ars Notariae*, l'obra clàssica de Salatiel Bonaniense (1210-1280), mestre de Rolandino, es diu amb rotunditat meridiana:

abstinere vero debet notarius ne conscribat illicita instrumenta (s'ha d'abstenir el Notari d'escriure documents il·lícits). Recollia la norma mil·lenària, que s'exigia a Roma per al *tabellio* (Cfr. Cod. Iustiniani. 1.2. 14.6; 4.42.2; 11.54.1). El *tabellio* havia de conèixer i complir la llei.

(71) L'art. 43 DOS, 2, B, c) Ley 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

(72) El precepte afecta tots els consumidors, ja que va més enllà dels préstecs i crèdits, que entren en l'àmbit de l'LRCCI. No es pot d'oblidar que l'article 84 TRLGDCU s'aplica a tots els contractes amb consumidors, siguin o no contractes de crèdits immobiliaris, ja que el TRLGDCU, com estableix el seu article 2, "s'ha d'aplicar a les relacions entre consumidors o usuaris i empresaris", sense distinció.

(73) En aquest sentit la nova redacció donada per l'LRCCI a l'article 258.2 de la Llei hipotecària: "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 els correspon aquest control de validesa, que està reservat a jutges i tribunals (Sentència TS, 16 de novembre de 2009). En l'apartat IV del preàmbul de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, s'afirma que «La Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales sólo corresponde a los jueces y a los tribunales». Aquesta afirmació, òbvia d'altra banda, es reitera en les sentències del Tribunal Suprem de 12 de febrer de 2002, on se sosté que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los Jueces y tribunales».

Viure en temps interessants

Prospectiva temptativa d'un segle ple d'incerteses



Jaume Giró Ribas
President de la Fundació Bancària La Caixa

Els anglesos tenen una expressió molt característica, anomenada la maledicció xinesa, que diu així: "Que visquis temps interessants!".

La gràcia de l'expressió rau en l'ambigüitat del seu significat. Si algú ens desitja que visquem temps interessants, no queda clar si som davant una maledicció o davant una benedicció.

Personalment, crec que, en general, preferim que els temps siguin poc interessants.

De fet, i simplificant molt, podríem dir que la Història és el desplegament de solucions successives trobades pels humans per fer que la vida sigui cada cop més previsible i, per tant, menys interessant. Així doncs, m'inclino per donar la raó als anglesos quan consideren que l'expressió és una maledicció.

Les línies que segueixen són algunes reflexions i idees sobre aquesta qüestió.

Primera part. La millor època per viure

Steven Pinker és un psicòleg canadenc de la Universitat de Harvard que en els darrers deu anys ha escrit dos llibres que l'han convertit en l'apòstol mundial de l'optimisme. En ambdós volums aquest professor treu l'entrellat d'un rosari de dades que demostren que la nostra època és, objectivament, la millor per viure de tota la Història de la humanitat.

Pinker ha treballat com una formiga recopilant informació de tota mena de fonts. El seu mètode és molt rigorós i la seva recerca ha rebut grans elogis per la seva meticulositat i el seu abast.

Faig referència a algunes de les dades que ha recopilat. Si considerem la humanitat

en el seu conjunt, avui dia hi ha menys guerres i menys morts per violència que en qualsevol altra època. Segons estimacions de Pinker, a la prehistòria el 15 per cent de les morts eren violentes, causades per combats, lluites o baralles. Actualment, fins i tot en uns anys tan sagnants com els de la primera meitat del segle xx, aquesta taxa no supera el 3 per cent.

D'altra banda, l'esperança de vida en néixer és la més llarga de la història: 70 anys el 2012, més del doble que el 1900, i la taxa de mortalitat infantil, la més baixa. De cada 100 nadons nascuts el 1800, 43 morien abans dels cinc anys; avui dia, aquesta taxa ha baixat fins a 4 de cada 100. Aquesta disminució ha estat possible gràcies al progrés consistent i sostingut dels darrers 25 anys. De fet, durant el darrer quart de segle, cada dia el nombre de persones que viuen per sota del llindar de la pobresa extrema s'ha reduït en 137.000. Actualment,



un captaire d'un suburbi de Sudan té un telèfon mòbil amb més prestacions que l'aparell que feia servir Michael Douglas a la pel·lícula *Wall Street* quan interpretava un tauró de les finances.

Fins i tot avui dia som bastant més intel·ligents que els nostres avantpassats. Encara que sembli sorprenent, el coeficient intel·lectual ha augmentat 30 punts en 100 anys. Ara un ciutadà mitjà obté una millor puntuació en un test d'intel·ligència que el 98 per cent dels ciutadans que van viure un segle enrere. Es deu al fet que la gent té uns hàbits de vida més saludables, és més culta i està exposada a més estímuls intel·lectuals.

Finalment, qui tingui interès a carregar-se de raons per convèncer-se que aquesta és la millor època per viure, l'època amb menys amenaces, amb més coneixement, amb més benestar i amb més control sobre la natura, només ha de llegir les gairebé 2.000 pàgines de Pinker. O, si prefereix una fórmula més directa, pot accedir a les estadístiques de qualsevol indicador social o econòmic del Banc Mundial o de l'OCDE. Veurà que el gràfic sempre arriba a la mateixa conclusió: en la Història els valors d'aquests indicadors mai no havien estat tan bons com actualment.

Malauradament, les bones notícies no interessen a ningú.

Els temps es tornen interessants quan, en lloc de tranquil·litat, estabilitat i progrés,

tenim davant nostre un horitzó d'incerteses, d'inquietuds, de riscos i d'amenaces i, en definitiva, ens sentim indefensos davant el futur. Per desgràcia, l'època en què ens ha tocat viure és — en aquest sentit — una època bastant interessant.

Potser és més una qüestió de percepció que de realitat. El filòsof alemany Heidegger pensava que la Història estava determinada, d'una manera radical, pels estats d'ànim dels éssers humans.

Encara que el cap i les estadístiques ens diguin que la nostra època ens hauria de semblar estable i poc interessant, el cor i la nostra percepció íntima de com van les coses ens diuen que no és així, que la societat està immersa en una crisi important.

Segona part. Núvols a l'horitzó

La concreció més clara de la crisi a la qual em refereixo és la fragilitat i la salut delicada de les grans institucions socials, el retrocés de les llibertats civils i la democràcia, i l'ascens dels populismes en pràcticament tots els països occidentals.

El passat mes d'octubre la revista nord-americana *The Atlantic* va publicar a tota pàgina, a la portada i amb lletres molt grans, una pregunta inquietant: "S'està morint la democràcia?"

Abans m'he referit als fets per documentar per què l'època actual és la millor per viure. A continuació, presentaré algunes raons per justificar el titular de *The Atlantic*.

El laboratori d'idees The Freedom House, un observatori internacional que vigila l'estat de les llibertats civils al món, publica anualment una anàlisi de l'estat de la democràcia al planeta. Es diria que el títol del darrer informe publicat sobre l'any 2017 l'ha escrit un cosí germà del redactor de *The Atlantic*: "La democràcia, en crisi". Reprodueixo un parell dels fragments destacats:

"El 2017", diuen, "la democràcia s'enfronta a la crisi més greu de les darreres dècades. Les seves característiques bàsiques, com unes eleccions lliures i netes, els drets de les minories, la llibertat de premsa o l'imperi de la llei, estan sota amenaça a una gran part del món". I un segon titular: "Setanta-un països han patit considerables declivis en drets polítics i llibertats civils, mentre que només trenta-cinc països han millorat en aquest sentit. Això vol dir que, per dotzè any consecutiu, la llibertat global ha disminuït".⁽¹⁾

Segons una enquesta feta l'any passat als Estats Units, més de la meitat dels simpatitzants de Trump consideraven que el president hauria de poder anul·lar les decisions judicials amb les quals no estigués d'acord.

Segons una enquesta feta l'any passat als Estats Units, més de la meitat dels simpatitzants de Trump consideraven que el president hauria de poder anul·lar les decisions judicials amb les quals no estigués d'acord.⁽²⁾

Una altra enquesta, també als Estats Units, mostra com la democràcia està deixant de ser una cosa rellevant per als ciutadans. En ser consultats sobre com és d'important per a ells viure en un règim democràtic, només el 57 per cent dels nascuts als anys vuitanta van respondre que és molt important. La resta van dir que els era igual. Si ens fixem en els més joves, els *mil·lennistes*, les xifres són encara pitjors.⁽³⁾

Per tant, la qüestió que planteja *The Atlantic* — "S'està morint la democràcia?" —

és totalment rellevant. I, entre les diferents raons que la fan rellevant, en destacaria una: l'emergència paral·lela dels populismes a Occident, la lògica dels quals és la polarització social i l'ús de la democràcia contra la mateixa democràcia.

El populisme no és un fenomen nou. S'ha desenvolupat a Europa de manera constant des de 1960, si bé és cert que, en els darrers deu anys, el seu creixement ha estat exponencial.

El populisme no és un fenomen nou. S'ha desenvolupat a Europa de manera constant des de 1960, si bé és cert que, en els darrers deu anys, el seu creixement ha estat exponencial.

Segons Sitra, un laboratori d'idees finlandès especialitzat en prospectiva, el populisme com a discurs polític es troba en el seu millor moment dels darrers trenta anys, amb una representació mitjana del 14 per cent, i en creixement a gran part dels parlaments europeus ⁽⁴⁾.

De fet, segons Brookings, un dels laboratoris d'idees d'anàlisi política més respectats del món, "l'ascens del populisme, bàsicament de dretes, és el desenvolupament polític més important a l'Europa del segle XXI".

Des dels Estats Units, amb Donald Trump, fins a Turquia, amb Erdogan, passant per la Rússia de Putin, la Veneçuela de Nicolás Maduro, l'Hongria de Viktor Orbán, la Itàlia de Matteo Salvini, la Xina de Xi Jinping, les Filipines de Rodrigo Duterte o el Brasil de Bolsonaro, la irrupció de presidents forts i d'ideologies radicals està conformant una coalició internacional de suport mutu entre il·liberals, autòcrates i petits dictadors que cooperen en un canvi lent i subtil de les regles del joc democràtic.

Tercera part. El perquè de la qüestió

Fins ara, hem vist per què l'època en què ens ha tocat viure és interessant. La meua hipòtesi és que una de les causes més importants —potser la principal— d'aquest retrocés de les llibertats i dels valors democràtics és la incertesa. O, més ben dit, la percepció general que vivim en temps incerts.



Posaré un exemple per explicar en quin tipus d'assumptes quotidians es materialitza aquest lliscament d'un model de societat estable, certa i previsible cap a un model de societat incerta: les oposicions a Notari. Però abans em referiré breument a la intel·ligència artificial.

Un sistema d'intel·ligència artificial és intel·ligent perquè és capaç de trobar regularitats, relacions i correlacions entre les coses. Necessita enormes quantitats de dades per a ser efectiu, ja que, com més dades té, més precises són les regularitats, les relacions i les correlacions que detecta.

Per exemple, la intel·ligència artificial aplicada a la visió és la capacitat de reconèixer objectes d'una classe concreta entre objectes de tota mena. Tot el que necessita un sistema com aquest és una base de dades amb milers d'imatges etiquetades prèviament. És a dir, imatges de gats, cadascuna amb una etiqueta que digui "gat".

Aleshores el sistema comença a cercar què és el que tenen en comú totes les imatges de gats i, quan se n'hi presenta una de nova, encara que sigui diferent de les que té emmagatzemades, és capaç d'identificar-la correctament. Ha après el que és un gat i sap reconèixer un gat quan el té al davant.

El més inquietant dels sistemes d'intel·ligència artificial és que són el que anomenem "caixes negres". És a dir,

arriben a conclusions i donen respostes sense justificar les inferències realitzades. Encerten, per la qual cosa sabem que funcionen, però no sabem realment com ho fan.

Pensem ara en el concepte d'oposició, que els Notaris coneixen perfectament. Una oposició és un procediment de selecció transparent amb unes regles del joc que els participants coneixen. En el cas dels Notaris, les proves eliminatòries són fins i tot públiques. Tenen un temari que delimita els paràmetres del que s'han de preparar per aprovar.

Els principis que encarna el sistema de captació per oposició van més enllà de la demostració de coneixements. Tenen a veure amb valors com la constància, l'autodisciplina, el sacrifici, la perseverança, l'esforç, l'atenció o la força de voluntat. I, sobretot, la transparència, que és l'altra cara de la predictibilitat.

Imaginem ara que nodríssim un sistema d'intel·ligència artificial amb informació exhaustiva dels perfils de tots els opositors a Notari dels darrers cinquanta anys. No solament d'aquells que han esdevingut notaris, sinó de tots els qui van començar a preparar les oposicions.

Suposem que poguéssim introduir en aquest sistema totes les dades d'aquests opositors reals i potencials: la seva edat, el seu gènere, el lloc de residència, el nombre de germans que tenen, la professió i els



estudis dels seus pares, l'escola on van estudiar el batxillerat i l'itinerari que van seguir, les notes que van treure durant la carrera, les optatives que van triar, els cursos que van fer a l'estranger. I fins i tot algunes dades sobre la seva salut, com els nivells de colesterol o el nombre de pulsacions per minut.

Amb aquesta informació, un sistema d'intel·ligència artificial podria arribar a proposar, en cada nova convocatòria d'oposicions a Notari, els candidats que tinguessin més possibilitats de superar les proves. Amb els anys, s'aniria perfeccionant fins a ser capaç de predir els resultats d'una oposició abans de fer-se. Per tant, estrictament, les eliminatòries deixarien de ser necessàries. N'hi hauria prou de seleccionar, entre tots els candidats presentats, els noms que ens donés l'algorisme.

El que fa un sistema d'aquest tipus és introduir incertesa en la vida de les persones. Fa que les decisions que afecten les nostres vides depenguin cada cop menys de nosaltres mateixos.

De l'oposició amb temari tancat i de les proves de coneixements relacionats amb el lloc de treball, hem passat als test de personalitat, a les entrevistes en què es parla de qualsevol cosa menys de la feina, a les dinàmiques de grup o, finalment, als sistemes experts equipats amb intel·ligència

artificial. I cada pas endavant ha significat un pas més enllà cap a la pèrdua de control de la nostra pròpia biografia.

La imprevisibilitat dels nostres temps —que és el que fa que sigui tan interessant— és també la que ens impedeix confiar que els nostres fills tindran més i millors oportunitats que nosaltres per prosperar.

Cada cop que passem per un arc detector de metalls en un aeroport, cada cop que ens aturem a la sortida d'un peatge per un control policial, cada cop que ens arriben recomanacions per contractar un pla de pensions perquè el sistema públic no podrà fer front a l'envelliment de la població, cada cop que l'empresa ens recomana fer-nos una revisió mèdica, en lloc d'estar més tranquils, el que passa és que la nostra sensació d'incertesa augmenta.

Aquesta incertesa, que s'estén a més i més àmbits de la nostra vida, s'expressa en nosaltres sota la forma d'una emoció: la por.

La gran recessió que va començar el 2008 ha descobert als nostres ulls la volatilitat de tot allò que semblava estable, sòlid i durador.

El Fòrum Econòmic Mundial, que és la fundació que organitza anualment la cimera de Davos, fa anys que repeteix que les capacitats que demanarà el mercat

estaran relacionades amb l'adaptabilitat i l'aprenentatge permanent.

L'OCDE, per la seva banda, ha publicat recentment un informe⁽⁵⁾ sobre les habilitats que els governs haurien de promoure entre els seus ciutadans. La recepta: els adults haurien d'anar adaptant continuament les seves capacitats i habilitats a la realitat canviant.

El que fa tot això és injectar pressió a les persones. A més, malgrat els beneficis que, sens dubte, ha comportat la globalització, també ha generat autèntics leviatans corporatius en l'àmbit multinacional que intensifiquen la sensació de pèrdua de control de la ciutadania.

L'OCDE, per la seva banda, ha publicat recentment un informe sobre les habilitats que els governs haurien de promoure entre els seus ciutadans. La recepta: els adults haurien d'anar adaptant continuament les seves capacitats i habilitats a la realitat canviant.

Segons un informe recent de Nacions Unides, al qual va al·ludir un article de *The Financial Times*, en qualsevol país del món les exportacions de les 10 empreses que més venen a l'estranger suposen, de mitjana, el 42 per cent de totes les exportacions del país en qüestió. Les empreses són cada cop més grans a tot arreu.

Vist el panorama, no ens ha de sorprendre que els ciutadans es plantegin, legítimament, si en lloc de ser ells els qui hagin d'estar canviant constantment, no seria més intel·ligent, potser, canviar les regles del joc per facilitar-los la vida. En definitiva, no és estrany que es preguntin què es podria fer perquè la vida fos, de nou, una mica menys interessant i una mica més avorrida. Perquè estigués una mica més "sota control".

Precisament, el *mantra* de totes les propostes populistes és "recuperar el control". Atacar la incertesa. Els líders populistes es refereixen a un control que avui dia està en mans, segons que diuen, de les elits, les plutocràcies, els empresaris o els immigrants. Però el que és important no és el terme "recuperar", que sempre fa

referència a una posició reaccionària, sinó el terme “control”.

La incertesa es combat amb control. I aquest control no ha de venir de la força, ni de la retallada de drets, ni de la seguretat policial, ni de l'aïllament i l'autocràcia. El control, o la seguretat davant les incerteses, el proporcionen unes institucions democràtiques fortes.

Amb aquesta idea entrem en la quarta i darrera part d'aquesta reflexió.

Quarta part. Quin és el pas següent?

Fa un any, un dels analistes polítics més importants dels Estats Units, Fareed Zakaria, va publicar un article ⁽⁶⁾ a *The Washington Post* titulat “Deixeu de tenir por a més govern. És exactament el que necessitem”.

Per combatre la incertesa dels nostres temps, necessitem institucions de tota mena que garanteixin els drets polítics i socials que permeten viure tranquils als ciutadans.

Segons el laboratori d'idees Sitra, al qual m'he referit abans, hi ha tres factors que expliquen el creixement actual del populisme a Europa ⁽⁷⁾:

1) El primer és la gestió de la immigració, en particular dels immigrants de religió musulmana. Des de 1990 els europeus expressen de forma consistent, en diferents enquestes, com a mínim el seu escepticisme respecte dels beneficis de la immigració. I els populismes s'alimenten d'aquesta percepció de conflicte entre cultures.

2) El segon factor és la descomposició de la classe mitjana. Segons el politòleg nord-americà Francis Fukuyama, una classe mitjana pròspera i rica és la clau de volta d'una democràcia forta i estable. En canvi, una societat econòmicament molt polaritzada és un brou de cultiu excel·lent per als moviments que pretenen erosionar la democràcia.

El diari *El País* va publicar recentment una entrevista al sociòleg alemany Oliver Nachtwey. Aquest jove sociòleg explicava el seu exitós concepte de “modernització regressiva”.

Vol dir que en la Història no sempre s'avança endavant, i explica que “l’ascensor social” que funcionava a Europa des de la

Segona Guerra Mundial s'ha avariada. Hi ha més treballadors qualificats i més dones treballant. Però hi ha més desigualtat i més precarietat, sobretot per a elles.

Hi ha una nova classe social, la dels salaris baixos, que es veu obligada a viure a la perifèria, en pisos més petits, que triga més a arribar a la feina i no es pot permetre la vida de les classes mitjanes, ni anar a restaurants d'alimentació saludable, ni portar els fills a bones escoles privades ni als cursos d'anglès o de música.

I molts d'aquests treballadors, diu Nachtwey, esdevenen votants d'Alternativa per a Alemanya, el partit d'extrema dreta. Tot i que ells no eren els seus “clients” originaris, ja que aquest partit va ser fundat com a partit liberal i burgès contra l'euro. La precarietat laboral crea democràcies més precàries.

3) El tercer factor que afavoreix el populisme és la desconfiança i la insatisfacció amb les institucions, els governs i els partits polítics tradicionals. En aquest sentit, cal destacar que, durant els darrers deu anys, l'Eurobaròmetre posa de manifest un declivi sostingut de la confiança en la Unió Europea i en els parlaments i els governs nacionals.

Hi ha una nova classe social, la dels salaris baixos, que es veu obligada a viure a la perifèria, en pisos més petits, que triga més a arribar a la feina i no es pot permetre la vida de les classes mitjanes, ni anar a restaurants d'alimentació saludable, ni portar els fills a bones escoles privades ni als cursos d'anglès o de música.

Em vull referir a aquest tercer punt. L'evolució d'algunes llibertats i de les institucions a Europa ha estat desequilibrada. La integració europea ha permès l'eclosió del moviment de mercaderies, de capitals i de persones. Però no s'ha acompanyat d'una integració política. Aquest ha estat un error monumental del projecte europeu.

La Unió Europea és un exemple de manual de com la manca d'unes institucions polítiques comunes, fortes,



integrades i democràtiques ha obert un espai d'oportunitat a propostes polítiques reaccionàries, que ofereixen l'estabilitat que el club europeu no ha sabut proporcionar.

Històricament, la democràcia i l'estat del benestar han aportat als països desenvolupats un conjunt de solucions per afrontar les incerteses humanes. Han proporcionat un sistema de sanitat universal, uns sistemes de previsió social, com les pensions, i unes plataformes de progrés personal, com l'educació. I això ha passat, amb més o menys profunditat i abast, des dels Estats Units fins als països escandinaus.

No obstant això, aquests sistemes comencen a donar símptomes d'esgotament. L'educació pública és incapaç de garantir un accés en condicions competitives al mercat laboral; els sistemes de previsió públics i privats estan sotmesos a terribles tensions pels condicionaments demogràfics, i els sistemes de salut tenen a l'horitzó una població cada cop més envellida, amb més esperança de vida, i una medicina personalitzada que promet multiplicar els costos dels tractaments (per a qui s'ho pugui permetre).

Segons dades publicades fa uns dies ⁽⁸⁾, el deute de la Seguretat Social amb l'Estat pujarà a 41.000 milions d'euros aquest any per poder pagar les pensions.



De fet, la població espanyola pateix un inexorable procés d'envelliment que farà que la despesa pública actual en relació amb la gent gran es dupliqui, segons dades recents de Airef i Eurostat. La taxa de dependència passarà del 25 per cent actual a entre un 50 i un 60 per cent el 2050. La taxa de dependència és el pes de la població menor de 16 anys i major de 65 anys respecte del total. Es tracta de les persones que no tenen edat de treballar i que, per tant, depenen de la població activa.

Paral·lelament, el 2050 es produirà un augment de l'esperança de vida fins als 87 anys (avui dia és de 83 anys).

Actualment, els Estats occidentals no compten amb les eines adequades per

fer front als reptes que tenen al davant, i recorren a l'endeutament com a solució provisional. Però aquest recurs, excepte si és puntual, és una forma insostenible de fer polítiques públiques.

Tot això fa que el futur sigui cada dia més incert, i aquesta incertesa inquieta cada cop més els ciutadans.

L'estat del benestar va sorgir com a resposta per resoldre les problemàtiques socials del segle xx. Durant molts anys, va ser un instrument poderós per afrontar les inquietuds plantejades per la democràcia, la llibertat i el lliure mercat. Avui dia ens hem de plantejar la possibilitat que, tal com es va dissenyar en el seu moment, hagi envellit. I això implica que, si no volem renunciar-hi, hem de repensar un estat del benestar

que trobi noves fórmules per proporcionar estabilitat, certeses i confiança en el futur als ciutadans.

En definitiva, que actuï com a contrapès per als reptes nous i singulars als quals han de fer front actualment la democràcia, les llibertats i el mercat.

NOTES

- (1) <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>.
- (2) "The Thread of Tribalism". The Atlantic, octubre de 2018.
- (3) https://www.washingtonpost.com/news/work/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.
- (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>.

L'extinció del cens i l'article 565-11.5 del Codi Civil de Catalunya (llums i ombres d'una reforma precipitada)



Jesús Julián Fuentes Martínez
Notari de Barcelona

1.- INTRODUCCIÓ

La disposició final 5.4 de la Llei 3/2017, de 15 de febrer (última correcció d'errades publicada al DOGC número 7329, de 15 de març de 2017), va donar una nova redacció a l'article 565-11 del Codi Civil de Catalunya, afegint un número addicional ("5") amb el contingut següent:

Article 565-11. L'extinció del cens...1. El cens s'extingeix per: c) La manca d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys... 5. Als efectes del que disposa l'apartat 1.c, el termini es pot interrompre per notificació notarial al censatari o bé per nota al marge de la inscripció del cens, que s'ha de practicar en virtut d'una instància signada pel censalista amb aquesta finalitat.

Al seu torn, la Disposició final sisena de la Llei 3/2017 esmentada estableix:

Modificació de la Llei 5/2006, del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals. S'afegeix una disposició transitòria, la vint-i-unena, a la Llei 5/2006, del 10 de maig, del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals, amb el text següent:

Vint-i-unena. Aplicació de l'article 565-11.5. L'article 565-11.5 del Codi Civil de Catalunya s'aplica a tots els censos, qualsevol que en sigui la data de constitució. El còmput del termini s'inicia en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta llei.

Aquesta nova redacció per obra de la Llei promulgada el 2017, té com antecedent la reforma que en el seu moment va realitzar

la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi Civil de Catalunya, que va donar lloc a la redacció actual que té actualment l'article que comentem, amb l'excepció de l'apartat "5", que abans no existia i que, com hem indicat, s'afegeix per la Llei 3/2017 posterior.

Finalment, recordem dos preceptes, també del Codi Civil de Catalunya, la importància dels quals salta a la vista (llibre primer):

Secció 2.a Interrupció de la prescripció... Article 121-11. Causes d'interrupció. Són causes d'interrupció de la prescripció: a) L'exercici de la pretensió davant els tribunals, encara que sigui desestimada per defecte processal. b) L'inici del procediment arbitral relatiu a la pretensió o la interposició de la demanda de formalització judicial de



l'arbitratge. c) La reclamació extrajudicial de la pretensió. d) El reconeixement del dret o la renúncia a la prescripció de la persona contra qui es pot fer valer la pretensió en el transcurs del termini de prescripció.

Article 121-12. Requisits de la interrupció. Perquè la interrupció de la prescripció sigui efectiva s'han de complir els requisits següents: a) Si l'acte que la interromp consisteix en l'exercici de la pretensió, cal que: Primer. Procedeixi de la persona titular de la pretensió o d'una tercera persona que actuï en defensa d'un interès legítim i que tingui capacitat suficient. Segon. S'efectuï davant el subjecte passiu de la pretensió, abans que es consumi la prescripció. b) Si l'acte que interromp la prescripció consisteix en el reconeixement del dret al qual es vincula la pretensió o en la renúncia a la prescripció en curs, ha de procedir del subjecte passiu de la pretensió.

Per concloure aquesta introducció, cal dir que l'addició del número "5" al precepte que comentem es fonamenta en l'intent d'habilitar vies noves i àgils per interrompre una prescripció que podia tenir les conseqüències extintives ressenyades, i evitar així una possible (més aviat anunciada) onada de demandes que es presentarien als Tribunals de Justícia per provocar, precisament, aquest efecte interruptor. Ara bé i arribats a aquest punt, ens hem de fer diverses preguntes: L'ha encertada el legislador? És congruent la solució adoptada amb la disciplina general que conté el Llibre primer del mateix cos legal? Satisfà les exigències

constitucionals que prohibeixen tota possible indefensió? Anticipem que la nostra resposta és negativa.

2.- EL CAS DE LA RESOLUCIÓ DE LA DG DRET I ENTITATS JURÍDIQUES DE 5 D'OCTUBRE DE 2011: ÉS LA DOCTRINA BONA –I ORTODOXA?

a) Els fets es resumexen fàcilment. Mitjançant una escriptura autoritzada l'any 2011, els titulars d'un cens amb domini directe sobre una finca determinada demanen la constatació registral que aquest cens està vigent, amb la finalitat d'interrompre el termini de prescripció d'aquesta càrrega en els llibres del registre.

El Registrador –de manera encertada i fonamentada– denega la pràctica de l'assentament amb una sèrie d'arguments, i en destacaria l'últim dels que ressenyem: *Perquè no està previst en la legislació vigent que es pugui fer constar al Registre la continuïtat de la vigència d'un cens a efectes d'interrompre la prescripció... la pretensió de l'escriptura manca de cobertura legal. No es pot aplicar l'article 44 de la Llei de censos de 31 de desembre de 1945, que permetia aquesta constància registral, perquè aquesta llei ha estat expressament derogada. Tampoc no és aplicable el procediment de la disposició transitòria 3ª de la Llei de censos 6/1990, de 16 de març, perquè no està previst que es pugui consignar al Registre una nota marginal similar a la que preveu aquesta norma, de continuïtat de la vigència del*

cens una vegada passats els cinc anys previstos en aquesta disposició, que avui està derogada. La Llei Hipotecària tampoc no preveu que es pugui fer constar al Registre un acte d'aquestes característiques perquè no es tracta de cap dels supòsits de l'article 2 de la Llei Hipotecària, que estableix la inscripció d'actes i negocis jurídics, perquè al títol presentat es conté un acte que no produeix per ell mateix efectes jurídics i es pretén que el tingui per la publicitat registral.

b) No em resisteixo a transcriure els aspectes més rellevants d'aquesta Resolució; crida l'atenció especialment la redacció dels dos darrers fonaments de dret:

"...Al dret històric català trobem diversos supòsits de constància registral de manifestacions unilaterals del censalista, entre les quals podem destacar les previsions de la Llei de 31 de desembre de 1945 i la disposició transitòria tercera de la Llei de censos de 1990... Ara bé, la disposició final primera de la Llei 6/1990, de 16 de març, de censos, va derogar expressament tant la regulació d'aquest dret continguda a la Compilació com la Llei de 1945 esmentada.

Una segona manifestació d'inscripció d'una declaració de voluntat unilateral del censalista sobre la vigència del seu dret la trobàvem en la disposició transitòria tercera de la Llei 6/1990, de 16 de març. Aquesta norma donava un termini de cinc anys perquè tots els titulars de censos inscrits acreditessin la vigència del seu dret al Registre mitjançant una instància i preveia la cancel·lació dels drets en què no s'hagués complert aquesta obligació. Aquesta disposició va ser ratificada per la disposició transitòria tretzena de la Llei 5/2006, de 10 de maig, que aprova el Llibre V del Codi Civil de Catalunya.

En el dret tradicional existia una manera clàssica d'interrompre la prescripció que era la formalització del capbreu, dret de capbrevació que encara recollia l'article 316 de la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960. Ara bé, aquesta forma d'interrupció de la prescripció exigia el reconeixement, és a dir, el consentiment de l'emfiteuta o, a manca d'aquest reconeixement voluntari, l'expedient judicial on era escoltat. Aquesta norma va ser derogada per la Llei de censos de 1990.

2.- La regulació vigent del dret de cens la trobem al capítol V del títol VI del Llibre V del Codi Civil de Catalunya...Tampoc no s'estableix la interrupció de la prescripció del cens per activitat registral ni permet expressament

la constància al Registre d'una declaració unilateral de voluntat del censalista de subsistència i vigència del seu dret, com la continuada al títol presentat al Registre...

3.- En el Registre de la Propietat s'inscriuen els títols en què es constitueixin, es reconeixin, es transmetin, es modifiquin o s'extingeixin els drets reals sobre els immobles (article 2.2 de la Llei Hipotecària). En conseqüència, la inscripció sol·licitada al títol objecte d'aquest recurs exigeix que la manifestació de voluntat del censalista continguda en ell suposi una modificació del dret de cens inscrit. Això es donaria si aquesta declaració impedis la cancel·lació del seu dret, com passava en la legislació anterior a la llei de 1990, on la manifestació del censalista del seu desig d'interrompre la prescripció evitava que es pogués reclamar al Tribunal Arbitral de Censos la cancel·lació del cens. El mateix succeïa amb la manifestació de vigència del cens a què obligava la disposició transitòria tercera de la llei de 1990, que evitava la posterior cancel·lació de la inscripció. Ara bé, amb la llei vigent, la manifestació continguda al títol presentat no produeix aquest efecte perquè cap norma estableix ni l'extinció ni la cancel·lació registral del cens per manca d'activitat registral del censalista en un termini fixat, ben al contrari, la legislació hipotecària fa presumir que el contingut del Registre és vigent i vàlid.

4.- Una altra qüestió plantejada al recurs és si aquesta manifestació és un instrument vàlid per interrompre la prescripció del dret de cens. Sense entrar a resoldre si la regulació del Codi Civil permet l'extinció per prescripció del dret de cens, podem admetre que el dret de cens s'extingeix per prescripció, com a causa general d'extinció de tots els drets reals en cosa aliena, a la qual s'hauran d'aplicar les normes del Llibre I del Codi Civil. Aquesta prescripció es produeix extraregistrament sense que pugui ser apreciada per la consulta dels llibres del Registre de la Propietat. La prescripció del dret de cens no es produeix per manca d'activitat registral sinó per manca d'exercici pel censalista dels drets inherents al cens. Aquests drets són tant el de pensió com els drets de lluisme i fadiga. La manca de reclamació de la pensió durant el termini de prescripció legal permetria al propietari de la finca al·legar la prescripció del cens. Als censos sense pensió, com el que és objecte d'aquest recurs que hem de recordar que són excepcionals, la prescripció d'aquest dret estaria lligada a la manca de reclamació del lluisme, des que neix el dret a reclamar-lo o la manca d'exercici del dret de fadiga. Òbvia-

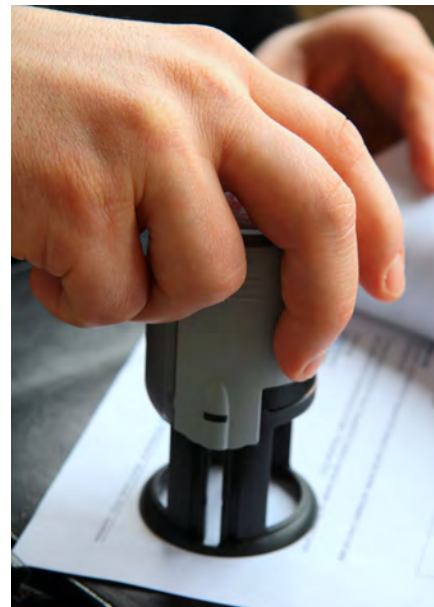
ment mentre no es produeixi una transmissió de la finca gravada susceptible de meritat el lluisme i generar el dret de fadiga, no es pot començar a comptar el termini de prescripció. **La prescripció s'haurà d'interrompre per alguna de les causes enumerades per l'article 121-12 del Codi Civil. Entre elles no hi ha la publicació al Registre de la Propietat d'una manifestació del censalista feta exclusivament a aquests efectes. Les causes d'interrupció enumerades a aquest precepte són la reclamació judicial, arbitral o extrajudicial, la renúncia a la prescripció o el reconeixement del dret per part del propietari de la finca gravada. Dins d'aquesta darrera categoria, res no impedeix que el censalista exigeixi al propietari de la finca aquest reconeixement, com succeïa amb el dret històric de capbreu, però no es reconeix efectes per interrompre-la a la publicació al Registre d'una declaració de voluntat unilateralment expressada pel titular del dret.**

5.- Finalment, a manca de previsió expressa a les normes civils, la legislació registral no permet la inscripció d'aquest títol perquè s'oposa al principi registral de legitimació segons el qual no es pot fer cap inscripció sense consentiment del titular registral o sense que hagi estat part en el procediment en què s'ha acordat. La manifestació de voluntat del censalista té una voluntat clara d'afectar al propietari de la finca, ja que es fa amb la intenció d'interrompre la prescripció del dret de cens. Aquesta declaració, però, per poder accedir al Registre, necessitarà del consentiment del titular registral o d'una resolució judicial ferma en la qual el propietari de la finca hagi estat part..."

3.- ACTES DE COMUNICACIÓ I D'INDEFENSIÓ (EN EL MARC CONSTITUCIONAL)

a) Valorar una possible vulneració d'aquest dret fonamental, tenint en compte la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la falta d'emplaçament (i hem de convenir que si regeixen aquestes exigències per a un òrgan judicial cal exigir el mateix als qui també exerceixen funcions públiques), requereix analitzar el compliment, o no, de determinades exigències bàsiques, tal com proclama la **Sentència del Tribunal Constitucional 136/2014, de 8 de setembre:**

"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 d'evitar la indefensió fent gala d'un garantisme més que lloable- que



inspira clarament, per exemple, les últimes reformes administratives. En aquest sentit, la LPACAP vigent manté el text de l'article 59.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions Públiques i del procediment administratiu comú, i preveu que, si ningú no es pot fer càrrec d'una notificació, es farà constar aquesta circumstància a l'expedient, juntament amb el dia i l'hora en què es va intentar la notificació, intent que es repetirà un cop més i en una hora diferent dins els tres dies següents. No obstant això, introdueix una novetat temporal important en la pràctica dels dos intents de notificació, en la línia jurídica que ja havia interpretat el mateix Tribunal Suprem en algun pronunciament, en exigir que, en el cas que el primer intent de notificació s'hagi realitzat abans de les quinze hores, el segon intent s'hauria de realitzar després de les quinze hores i inversament, deixant en tot cas almenys un marge de diferència de tres hores entre ambdós intents de notificació (article 42.2).

És a dir, s'aclareix què s'ha d'entendre per "hora diferent": que hi hagi un marge de tres hores entre els intents de notificació, fet que, sens dubte, aporta seguretat jurídica en esvaïr els dubtes que plantejava la norma vigent, cosa que va comportar que fos suplert per la jurisprudència. Finalment, en el cas que el segon intent també resulti infructuós, la notificació també es farà per mitjà d'un anunci publicat al *Boletín Oficial del Estado*, (es procedirà igualment d'aquesta manera quan els interessats en

un procediment siguin desconeguts o es desconegui el lloc de la notificació).

c) Garantisme que també inspira la redacció vigent de l'article 461-12 del Codi Civil de Catalunya (*interrogatio in iure*) àmpliament conegut per tothom; o el 199 de la Llei Hipotecària que determina:

...s'aclareix què s'ha d'entendre per "hora diferent": que hi hagi un marge de tres hores entre els intents de notificació, fet que, sens dubte, aporta seguretat jurídica en esvaïr els dubtes que plantejava la norma vigent, cosa que va comportar que fos suplert per la jurisprudència.

"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..."

Veiem, doncs, que en el nostre ordenament jurídic hi ha molts exemples de nor-

mes que pretenen salvaguardar el dret a no patir indefensió, extremant –i exigint– totes les actuacions racionalment possibles per evitar-la, possibilitant que, qui pugui ser perjudicat per una decisió o actuació determinada, pugui tenir-ne coneixement total. Dit això, hem de preguntar-nos si la regulació continguda en l'apartat "5" que s'ha afegit, en relació amb els mitjans que provocarien la interrupció de la prescripció, ha estat o no ha estat encertada.

4.- UNA CRÍTICA A LA REFORMA DE 2017

Reprenc una idea que expressa clarament l'esmentada Resolució de 2011: *"Aquesta prescripció es produeix extrarregistralment, sense que pugui ser apreciada per la consulta dels llibres del Registre de la Propietat. La prescripció del dret de cens no es produeix per manca d'activitat registral sinó per manca d'exercici pel censalista els drets inherents al cens"*.

Doncs bé, si al meu parer la previsió normativa que habilita o preveu interrompre la prescripció per una notificació notarial (sense més afegits) no és, com exposaré, satisfactòria de cap manera, sinó desencertada, amb més raó considero completament inadequat aquest efecte interruptor per l'extensió d'una nota marginal.

a) S'acostuma a entendre que la nota marginal és l'assentament que es practica al marge dels assentaments de presentació, de les inscripcions, de les anotacions o de les cancel·lacions i serveix per a donar coneixement d'algun fet secundari que afecta les finques o drets inscrits, i que la característica comuna i intrínseca de totes les notes marginals és la seva accessorietat respecte d'un assentament principal, al qual complementen o concreten; o recullen una advertència relacionada amb el contingut d'aquest assentament. És a dir, no modifiquen el seu contingut essencial ni són succedànies d'assentaments principals, sinó que els complementen o concreten.

Doncs bé, partint de la dada que la prescripció opera extramurs del Registre, al meu parer la nota marginal que preveu el precepte que comentem ni s'avé amb els principis generals del llibre I del CCCat en relació amb la prescripció i la seva interrupció, ni amb el principi general de titulació pública que proclama l'art. 2 de la Llei hipotecària. És cert que aquest últim té les seves excepcions (que les té, tot i que comptades),

però a aquesta nota marginal se li atribueix una eficàcia jurídica que provoca –ni més ni menys– la interrupció de la prescripció amb el perjudici que això pot comportar per al censatari (propietari) i amb efectes demolidors per a la seva posició jurídica. I això és així, perquè se li impedeix qualsevol possibilitat d'al·legar i d'oposar-se a la seva pràctica (comparem aquesta situació amb la que es reconeix als possibles interessats en els procediments regulats en els arts. 199 i següents actuals de la Llei Hipotecària).

b) L'extensió d'aquesta nota marginal *inaudita parte*, per tant, no s'avé amb la doctrina constitucional moderna que prohibeix tot tipus d'indefensió i exigeix actuar amb el màxim garantisme possible en actes que (per la seva pròpia naturalesa i pels seus efectes i eventuais perjudicis que poden provocar), necessàriament exigeix el coneixement, o la possibilitat real del coneixement, per part del perjudicat. Per descomptat i com bé estableix la important resolució que comentàvem abans, hi ha precedents legislatius d'existència i d'operativitat de notes marginals en el món dels censos, tot i que honestament crec que aquests precedents no s'acomoden a les exigències actuals derivades de la doctrina constitucional que s'ha transcrit abans, i que ha tingut una influència directíssima en les reformes legislatives recents que abans hem ressenyat.

c) Es dirà que l'extensió de la nota marginal no impedeix al perjudicat accionar davant els tribunals (és que no li quedarà altre remei) si és que n'ha conegut la pràctica, ja que no es preveu cap tràmit o comunicació que li ho faciliti; i no sembla raonable imposar-li l'obligació (que en algun moment va ser defensada per alguns) d'estar atent a les determinacions del Registre, ja que això no es coadjuva amb l'adequada defensa dels drets de qui, sorprenentment, es pot veure afectat per una cessació d'efectes peculiar d'una prescripció que ja podria estar guanyada. Aquesta darrera és una possibilitat més real del que podria semblar, si es té en compte que, des de l'any 1995 (recordem aquest termini de cinc anys per acreditar la vigència, a comptar des de 1990), és molt probable que, abans de l'extensió de la nota marginal, hagi tingut lloc i extramurs del Registre, una *"manca d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys"* real –i efectiva.

I no es desconeix que hi ha supòsits en els quals l'extensió d'una nota marginal pot produir efectes interruptors de la prescripció, com succeeix amb la nota marginal d'expedició de certificació en procediments d'execució, els quals, no oblidem, tenen com a tràmit inicial un requeriment (actualment amb exigències riguroses). I és que com bé diu 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 maig de 2018).

d) Però les objeccions que s'exposen respecte de la virtualitat (i encert legislatiu) d'aquesta nota marginal, també han de ser traslladades, en una part no menor, a la notificació notarial alternativa. Per què? Seguidament exposo les meves raons:

1.- Perquè partint de l'encaix total que té aquest mecanisme d'interrupció en la sistemàtica del Codi Civil de Catalunya (i en la del Codi Civil), al meu parer la regulació reglamentària a la qual hauríem de recórrer subsidiàriament és, en un cens com aquest, excessivament parca si la comparem, per exemple, amb les exigències que el legislador ha previst per a la *interrogatio in iure*. I essent, com soc, un convençut que el Reglament Notarial, en matèria de pràctica de notificacions, s'hauria de reformar per fer-lo encara més garantista, els requisits de fons com el nombre de notificacions i el mode de procedir després d'una notificació infructuosa, han de ser fixats (com es va fer en reformar la *interrogatio*) per la legislació substantiva. Tot això per minimitzar els riscos de la possible indefensió a un eventual perjudicat per la sobtada inoperància d'una prescripció probablement ja guanyada (sens perjudici de pronunciaments judicials posteriors sobre la qüestió de fons).

2.- Perquè una actuació com la que comentem i amb els efectes –ja explicats– que pot provocar, ha d'habilitar tots els mitjans necessaris perquè arribi a coneixement del perjudicat. Per això, les prevencions que s'han generalitzat en la legislació (dos intents en hores i dies diferents, tràmit edictal subsidiari), s'haurien d'haver recollit aquí –regulant-se més detalladament–; com tam-



bé s'hauria d'haver regulat el tràmit d'al·legacions i oposició del notificat.

3.- Perquè en el fons aquesta era la idea latent en regulacions anteriors a l'actual, una cosa a la qual s'al·ludeix per la DG DRT en la resolució esmentada i que portem de nou a col·lació: *"En el dret tradicional existia una manera clàssica d'interrompre la prescripció que era la formalització del capbreu, dret de capbreu que encara recollia l'article 316 de la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960. Ara bé, aquesta forma d'interrupció de la prescripció exigia el reconeixement, és a dir, el consentiment de l'emfiteuta o, a manca d'aquest reconeixement voluntari, l'expedient judicial on era escoltat. Aquesta norma va ser derogada per la Llei de censos de 1990."* I si veritablement una regulació de l'època preconstitucional era més garantista que l'actual, què volen que els digui: hem retrocedit.

Per tant, i en la meua modesta opinió, no s'ha encertat en les solucions que, sens dubte, s'havien d'habilitar per prevenir una onada de demandes judicials davant els Tribunals, i encara hi ha temps de reformar el que s'ha legislat (que em desperta els dubtes apuntats en relació amb la seva constitucionalitat), en la línia del que s'ha exposat aquí i amb el màxim garantisme possible per evitar, o minimitzar al màxim, una possible indefensió.

El document notarial en suport electrònic



Enric Brancós Núñez
Notari de Girona

INTRODUCCIÓ

L'1 de gener de l'any 2000, aprofitant el valor simbòlic del canvi de segle, el Notariat austríac, en aliança amb una gran empresa alemanya electrònica, va decidir implantar l'escriptura pública en suport electrònic. Una dada important és que va excloure els testaments i els pactes successoris d'aquest sistema. No en va explicitar la raó, però molt probablement es devia a la llarga conservació que aquest tipus documental requereix.

A Espanya, dos anys més tard, l'1 de gener de 2002, va entrar en vigor una reforma important de la Llei del Notariat per implantar l'instrument públic electrònic sota un principi bàsic: la tècnica ha de servir a l'essència del document públic i no al revés. El text del nou article 17 bis és canònic. Explicant en detall el precepte, podem veure que:

1. El suport electrònic no suposa una negació del valor de l'instrument públic.

El document notarial en suport electrònic gaudeix de fe pública, igual que el suport en paper.

2. El Notari l'ha de signar amb la seva signatura electrònica avançada (segons la terminologia del moment), obtinguda de conformitat amb la Llei reguladora de l'ús de la signatura electrònica per part dels Notaris.

3. Si és el cas, els atorgants o intervinents signen amb signatura electrònica, però sense restringir-la a la signatura avançada o reconeguda com en el cas del Notari, sinó dins el concepte ampli de signatura electrònica, que pot anar des de la signatura electrònica reconeguda fins a la signatura en tauleta o mitjançant un simple PIN. Òbviament, el que els atorgants o intervinents manifestin en el document, inclosa la signatura en tauleta, quedarà encriptat per la signatura electrònica del Notari. Aquesta és la que atorga seguretat a tot el procés.

4. La tècnica de la signatura electrònica no altera l'essència del document. El Notari ha d'identificar, donar fe del coneixement, jutjar la capacitat i la legitimació, informar el consentiment i controlar-ne la legalitat.

No obstant això, el legislador espanyol va ser més caut que l'austríac. Mentre que aquest es va llançar al suport electrònic que nosaltres anomenem "escriptura matriu" salvant, això sí, els testaments i els pactes successoris, aquí es va seguir un segon principi bàsic: el que realment agilita el tràfic no és si la matriu està en suport paper o en suport electrònic, sinó la facilitat de desplaçament de les còpies. Per això, la reforma, després d'atorgar carta de naturalesa a l'instrument públic electrònic, va deixar pendent el desenvolupament del suport electrònic de la matriu i va passar a regular detalladament la còpia electrònica tal com la coneixem avui.

Després de l'empenta pionera d'Àustria i d'Espanya, podem apreciar tres posicions



diferents en relació amb la matriu electrònica en el panorama internacional:

1. Països que admeten l'escriptura matriu en suport electrònic

França, des del Decret n. 2005-973, que introdueix un nou capítol III al Decret de 26 de novembre de 1979, preveu l'escriptura íntegrament electrònica. El sistema és voluntari i coexisteix amb el suport paper. La recollida de signatures dels compareixents es fa sobre una tauleta electrònica. Aquest sistema pot complementar la fe pública del Notari respecte de l'autenticitat de la signatura, en registrar dades com ara la velocitat del traç, la pressió, la inclinació de l'instrument, etc. Es tracta d'una modalitat cada cop més utilitzada a França i cobreix més de la meitat de les escriptures públiques.

Itàlia ha fet el mateix amb el Decret legislatiu, de 2 de juliol de 2010. En aquest sistema el Notari signa amb la signatura electrònica notarial emesa pel Consiglio Nazionale del Notariato, mentre que les parts poden signar amb signatura electrònica simple. El sistema ha tingut molt menys èxit que a França i s'utilitza poc. El sistema es complementarà amb la signatura en tauleta.

2. Països que no admeten el suport electrònic

Dins aquest grup hi ha països que, encara que sembli contradictori, es troben molt

avançats en matèria d'Administració pública electrònica –E-Government– com és el cas d'Estònia, la República Txeca o Polònia. Convé aclarir que l'E-Government consisteix en un sistema de signatura electrònica que aspira a ser d'ús universal i que permet als ciutadans, als residents, i fins i tot en el cas d'Estònia, als estrangers que actuen al país, relacionar-se amb les Administracions Públiques mitjançant un mecanisme d'identificació i de signatura electrònica. Tots els expedients són electrònics, cap funcionari hi pot operar si no és mitjançant la seva signatura electrònica i qualsevol ciutadà té accés al seu expedient a qualsevol hora del dia o de la nit. Doncs bé, en cap d'aquests països es preveu la substitució del suport paper pel suport electrònic en els documents notarials.

En la mateixa línia es troba Alemanya. Els motius s'exposen a l'Informe d'Alemanya amb motiu del XXVIII Congrés de la Unió Internacional del Notariat que es va celebrar a París el 2016: el suport paper és l'única forma d'aconseguir les finalitats del procediment d'autenticació: lectura, informació i consell, identificació, control de capacitat legal i signatura de les parts en un document per ser conservat a llarg termini. Òbviament, aquestes afirmacions no s'estenen a la còpia electrònica, que sí que s'admet i s'utilitza profusament.

3. Sistemes mixtos

En aquests sistemes l'escriptura s'imprimeix, es llegeix, s'aprova i se signa

en suport paper i després es crea una còpia digital sota la signatura qualificada del Notari, que és la que s'utilitza per remetre als registres i per al tràfic en general. Literalment, cada instrument notarial té dues vides, en paper i la seva còpia digital. És el cas d'Estònia. També del Cantó de Vaud, a Suïssa.

(...) cap sistema és exclusivament electrònic, sinó que en els sistemes on s'admet la matriu electrònica, coexisteixen les escriptures en suport electrònic amb les escriptures en suport paper a elecció dels atorgants i, d'aquesta manera, el Notari acaba portant dos arxius i es generen dos sistemes de conservació diferents.

No obstant això, cap sistema és exclusivament electrònic, sinó que en els sistemes on s'admet la matriu electrònica, coexisteixen les escriptures en suport electrònic amb les escriptures en suport paper a elecció dels atorgants i, d'aquesta manera, el Notari acaba portant dos arxius i es generen dos sistemes de conservació diferents. Aquesta coexistència, segurament inevitable durant molt temps, dona un cert avantatge als sistemes mixtos davant els sistemes electius. La gestió de dos arxius d'escriptures matrius en diferents suports complica seriosament l'operativa.

AVANTATGES I INCONVENIENTS DELS DIFERENTS SISTEMES

Els suports electrònics, més enllà de la seva imatge de modernitat, no estan exempts de problemes. Hem vist com recentment s'han hagut de desactivar els DNI electrònics espanyols emesos des d'abril de 2015 per problemes de seguretat en les claus. A Estònia ha passat el mateix i el país s'ha vist obligat a aturar el sistema d'E-Government cancel·lant 760.000 targetes d'identificació electrònica. A l'octubre de 2017 un ciberatac a escala mundial va encriptar milions d'arxius i els hackers van exigir una recompensa per alliberar-los. Intel acaba de descobrir un error de disseny en els seus microprocessadors que fa vulnerables gairebé un 90% dels ordinadors mundials. En definitiva, és arriscat apostar

per solucions tècniques pensant que són infal·libles.

D'altra banda, cap proveïdor garanteix la conservació a llarg i molt llarg termini dels arxius electrònics. Fins i tot les normes utilitzen expressions vagues, com ara "les escriptures s'han de conservar segons les normes legals i tècniques que en permetin la disponibilitat en el temps", sense comprometre un termini determinat.

A més, el suport electrònic planteja el problema d'acreditar judicialment la inalterabilitat del procediment de migració. D'aquesta manera, no n'hi ha prou que se segueixi un procediment, generalment la signatura electrònica reconeguda, que la llei considera suficient per assegurar la integritat del document original, també és necessari homologar els procediments de migració perquè no es pugui negar en judici la integritat del document després del procés migratori.

(...) per ser seriosos, en regular els requisits de la matriu electrònica del document notarial s'haurien de seguir les recomanacions del XVIII Congrés de la Unió Internacional del Notariat, celebrat a París a l'octubre de 2016.

Per tot això, per ser seriosos, en regular els requisits de la matriu electrònica del document notarial s'haurien de seguir les recomanacions del XVIII Congrés de la Unió Internacional del Notariat, celebrat a París a l'octubre de 2016:

- Determinar concretament el termini mínim de durada que s'exigeix al document notarial electrònic;
- Exigir als proveïdors dels elements tecnològics utilitzats que garanteixin aquesta durada;
- Fixar els procediments de migració homologats, de tal manera que no puguin suposar una pèrdua o alteració de la informació ni puguin ser contestats en seu judicial;
- Respectar les mateixes regles de confidencialitat i de secret professional que els arxius en suport paper.



e) Determinar el moment en el qual el document notarial deixa de tenir interès jurídic i passa a tenir interès merament històric, a partir del qual es podria traspassar a l'Estat el cost i les operacions de conservació.

Com conclouia el Notari francès Gilles Rouzet fa anys, el suport paper difícilment és vencible com a suport d'arxius a llarg termini. Per cost i simplicitat.

Per tot el que s'ha exposat, potser desperta més interès la combinació d'una matriu en suport paper creant simultàniament un reflex electrònic del protocol operable més fàcilment. És el que s'anomena sistema mixt.

ESTRUCTURA DEL SISTEMA MIXT

Dins del sistema mixt són possibles diferents configuracions. Així, la relació entre suport paper i suport electrònic es pot estructurar considerant-los de forma igualitària, com sengles protocols de matrius, o en relació anàloga amb l'existent entre matriu en suport paper i còpia electrònica. Sembla aconsellable la segona. En la bona pràctica de posar nota al marge de les còpies autèntiques a l'efecte de l'article 1219 del Codi civil i article 174 del Reglament Notarial, aquesta mateixa nota es podria situar a la còpia electrònica dipositada a la Notaria de manera que fos accessible a tots els interessats a través d'un Codi Segur de Verificació. Desenvoluparem ara aquest punt important.

EL CODI SEGUR DE VERIFICACIÓ (CSV), UN CANVI DE PARADIGMA

El sistema mixt que consisteix en un protocol d'escriptures en suport paper completat amb un dipòsit de còpies electròniques d'aquest protocol a la Notaria, que per simplificar també podem anomenar "trasllat electrònic del protocol", canvia totalment el paradigma del que hem conegut fins avui. L'aparença nascuda del títol de legitimació que és l'escriptura es pot crear, però el problema sorgeix per retirar-la del tràfic quan ha estat modificada, revocada o, en general, "desvirtuada", com diu l'art. 1219 CC. En el sistema mixt es podria retirar del tràfic d'una manera segura practicant una anotació al marge de la còpia electrònica de l'escriptura corresponent. L'anotació marginal fins i tot la podria practicar el Notari autoritzant del títol que "desvirtua" l'anterior de forma anàloga a com ho fa avui posant nota al marge de la còpia autèntica en suport paper que se li exhibeix en el moment de l'atorgament. Estem en el marc conceptual tradicional, però utilitzant les facilitats que la tècnica ens proporciona. L'article 1219 del Codi civil es posa al dia un segle i quart més tard gràcies als avenços tecnològics.

Aquest sistema funciona vinculant cada còpia electrònica o "trasllat electrònic del protocol" amb un Codi Segur de Verificació, que s'ha de lliurar a les mateixes persones que avui tenen dret a còpia autèntica i que obre l'accés a la consulta de la còpia

electrònica de l'escriptura dipositada a la Notaria i a les notes col·locades al marge d'aquesta còpia. D'aquesta manera, accedint mitjançant el CSV, es pot saber fàcilment si el títol de legitimació del qual parlem està vigent o ha estat modificat. Fins i tot, afegint l'enllaç electrònic corresponent es pot saber en quins termes exactes ha estat modificat per una altra escriptura posterior.

Un exemple molt il·lustratiu de funcionament del CSV el trobem a les postil·les electròniques del Conveni de la Haia, el procediment del qual, de gran agilitat i eficàcia, té una regulació molt completa que ens indica el camí a seguir. Ara no reproduïrem tot el mecanisme, és suficient deixar constància que a dia d'avui existeix i presta una gran utilitat en les transaccions internacionals. Abans era necessari postil·lar el document en suport paper i transportar-lo fins el país de destinació. Avui una postil·la electrònica és consultable des de qualsevol lloc del món i a partir del mateix instant que s'imposa. N'hi ha prou en comunicar el CSV al destinatari i que aquest accedeixi a la seu electrònica de la postil·la de la Haia.

La utilitat del CSV en matèria de poders és òbvia. Caldria només que el poderant remetés a l'apoderat el CSV i que aquest permetés al destinatari del poder fer la consulta oportuna sobre el seu contingut i la seva vigència. La solució fa innecessari el que s'ha anomenat "repositori de poders" o els registres electrònics d'apoderaments que es projecta establir a Alemanya a través del Consell Federal del Notariat. O l'anàleg que en aquests moments s'està projectant a Rússia.

Implantant aquest procediment, "dipòsit de còpies electròniques + CSV", el Notariat no només és capaç de produir títol de legitimació, sinó també de retirar-lo quan escaigui, la qual cosa augmenta la seguretat del mateix títol i el valor de la funció notarial.

LA CÒPIA PARAMETRITZADA

A mesura que els registres públics es van traslladant al suport electrònic, cada cop

és més freqüent que s'exigeixi una còpia estructurada al Notari, parametritzada, amb totes les dades que seran objecte de la publicitat. Així la informació que conté l'escriptura es trasllada de forma automàtica als assentaments del registre.

En la seva qualitat d'autor del document i de funcionari públic o exercent d'una funció pública altament qualificat, el Notari és l'operador més adequat per realitzar aquesta parametrització. Ningú com el seu propi autor no pot precisar el significat i l'abast del document.

Molts d'aquests arxius de dades i de registres intercanvien informació amb els Notaris amb caràcter bilateral: el Notari sol·licita informació i també proporciona dades que són objecte de publicitat. Fins i tot, en alguns casos, l'organització notarial del país gestiona el mateix registre al qual no solament accedeixen dades generades pels Notaris, sinó també d'altres procedències.

Avui ja passa en alguns registres civils, de convencions matrimonials, de successions, de poders i mandats, de representacions legals, etc. El Notari que formalitza el document inscripció l'inscriu directament i sota la seva responsabilitat en el registre corresponent. Així ho podem veure a Estònia, Polònia, la República Txeca o Bèlgica. L'estalvi de temps, de costos i el marge de precisió, ja que és el mateix autor del document qui en fixa l'essència i n'ordena la publicitat, pot alleugerir notablement els comptes públics i col·locar al Notari com a eix central del tràfic jurídic.

Molts d'aquests arxius de dades i de registres intercanvien informació amb els Notaris amb caràcter bilateral: el Notari sol·licita informació i també proporciona dades que són objecte de publicitat. Fins i tot, en alguns casos, l'organització notarial del país gestiona el mateix registre

al qual no solament accedeixen dades generades pels Notaris, sinó també d'altres procedències. Així, la Federation Royale du Notariat Belge gestiona una nombre creixent de bases de dades públiques com el registre central de testaments, el registre central de convencions matrimonials, el registre general de contractes de mandat, el registre central de declaracions relatives a la designació d'un administrador o de persona de confiança. Una cosa semblant veiem a la República Txeca, Estònia o Polònia.

A Espanya el sistema no és nou. A través de l'Índex Únic Informatitzat es remeten dades parametritzades a diferents Administracions. D'aquesta manera determinades mutacions cadastrals que avui dia ja sumen milions de transaccions, es realitzen directament a partir de l'Índex Únic Informatitzat. El suport legal el trobem a l'article 184 del Reglament Notarial: *"Estos índices tendrán la misma consideración, en cuanto a la información que contengan, que el protocolo, del que se consideran parte"*. Precepte que, al seu torn, arrenca de l'article 107 de la Llei 24/2001.

L'existència d'un dipòsit de còpies autèntiques de les escriptures que causen aquests assentaments ha de permetre addicionalment l'intercanvi bilateral d'informació a través d'un simple enllaç d'unió, de tal manera que des del corresponent assentament registral es pugui arribar a l'escriptura i viceversa. S'obre així un territori de comunicació bidireccional que ha de reforçar la seguretat del tràfic i l'eficiència dels operadors. Qualsevol dubte que pugui suscitar un assentament podrà ser contrastat ràpidament amb el títol que el va causar i amb la còpia parametritzada d'aquest títol. En alguns casos l'accés podrà ser lliure, en d'altres s'haurà de restringir en funció de la protecció de dades, però en qualsevol cas estem davant un altre canvi de paradigma a causa dels avenços tecnològics.

Recordem –i amb això acabo– la regla d'or enunciada al principi: la tècnica ha de servir a l'essència jurídica del document públic i no al revés.

Comentaris a la Sentència del Ple del TC de 17 de gener de 2019



Raquel Iglesias Pajares
Notària de La Llagosta (Barcelona)

COMENTARIS A LA SENTÈNCIA DEL PLE DEL TC DE 17 DE GENER DE 2019 EN RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT NÚM. 4751-2017 promogut pel president del Govern de l'Estat contra els articles **6** (que introdueix l'article **411-10.3.b**) del Llibre IV del CCCat), **8** (que introdueix l'article **421-24.1** del Llibre IV CCCat) **10, 11 i la disposició final de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2017, de 27 de juny**, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres II i IV del CCCat.

La Sentència del **Ple del TC de 17 de gener de 2019** declara la **inconstitucionalitat i la nul·litat** dels preceptes següents de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del

Codi civil de Catalunya: A) de l'article 6, en relació amb la redacció de la **lletra b)** de l'article **411-10.3 del Llibre quart del CC-Cat**: “*b) Si la persona no ha atorgat disposicions d'última voluntat, un document que s'ha d'inscriure en el Registre electrònic de voluntats digitals*”; B) de l'article 8, que introdueix **l'article 421-24.1 del Llibre quart del CC-Cat**: “*i, a manca d'aquests instruments, en un document de voluntats digitals, el qual necessàriament ha d'especificar l'abast concret de la seva actuació. Aquest document s'ha d'inscriure en el Registre electrònic de voluntats digitals.*” C) article 10, que incorpora al Codi la **disposició addicional tercera del llibre quart**: “*Tercera. Registre electrònic de voluntats digitals. 1. Es crea el Registre electrònic de voluntats digitals, adscrit al departament*

competent en matèria de Dret civil per mitjà del centre directiu que en tingui atribuïda la competència.

2. En el Registre electrònic de voluntats digitals s'inscriuen els documents de voluntats digitals.

3. L'accés al Registre electrònic de voluntats digitals és reservat al titular atorgant i, una vegada mort el titular, a les persones que s'esmenten en els apartats següents, sempre que acreditin, per mitjà del certificat d'actes d'última voluntat, que el causant no ha atorgat disposicions d'última voluntat.

4. Una vegada mort el titular, les persones que acreditin un interès legítim poden sol·licitar un certificat relatiu a l'existència o no

d'un document de voluntats digitals inscrit en el Registre electrònic de voluntats digitals. A sol·licitud de la persona interessada, si el causant no va disposar altrament, el certificat es pot estendre a la identificació de les persones designades per a l'execució de les voluntats digitals.

5. Sens perjudici del que disposa l'apartat 4, els certificats relatius al contingut de les voluntats digitals inscrites en el Registre electrònic de voluntats digitals, una vegada mort el titular, únicament els poden sol·licitar les persones designades per a l'execució de les voluntats digitals i només es poden lliurar a aquestes persones.

6. El Registre electrònic de voluntats digitals, si li consta la mort d'un atorgant, pot comunicar d'ofici l'existència de voluntats digitals inscrites a les persones designades per a executar-les, d'acord amb el que s'estableixi per reglament."

D) de l'article 11, que afegeix al mateix Codi **la disposició final cinquena del Llibre quart**: "Cinquena. Organització, funcionament i accés al Registre electrònic de voluntats digitals. L'organització, el funcionament i l'accés al Registre electrònic de voluntats digitals s'han d'establir per reglament" i E) la disposició final de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres II i IV del CCCat: "Disposicions finals. Primera. Desenvolupament reglamentari. S'habilita al conseller del departament competent en matèria de dret civil per a dur a terme el desplegament reglamentari d'aquesta llei amb relació a l'organització, el funcionament i l'accés al Registre electrònic de voluntats digitals, per mitjà de l'ordre corresponent."

Per determinar les conseqüències pràctiques d'aquesta sentència, és necessari analitzar prèviament la finalitat de la Llei 10/2017, centrant-nos en el fenomen successori al qual es refereix. Aquesta llei es va aprovar pel Parlament de la Generalitat de Catalunya amb l'objectiu clar de donar resposta a determinades situacions d'incertesa, produïdes amb posterioritat a la defunció de les persones, relatives a l'accés, el compliment i la destinació dels anomenats "arxius digitals" o "empremta digital" creats per aquestes, a causa de la seva presència en diferents entorns digitals.

La Llei regula la possibilitat de les persones d'ordenar les seves voluntats digitals, és a dir, aquelles disposicions en les



quals una persona pot determinar, entre altres coses, qui ha de comunicar la seva defunció i com ho ha de fer als prestadors de serveis digitals, la sol·licitud a aquests últims de la cancel·lació dels seus comptes actius, l'execució de les clàusules contractuals o l'activació de les polítiques establertes per aquestes entitats en el cas de defunció dels titulars de comptes actius, com també, si és el cas, l'entrega de còpies d'aquests arxius. També preveu la possibilitat del causant de designar la persona que ha d'executar aquestes voluntats. La persona designada no podrà tenir accés als continguts dels seus comptes i arxius digitals sense l'autorització judicial corresponent, tret que el mateix causant hagi disposat una altra cosa.

No obstant això, una de les principals novetats de la Llei era la creació d'un nou instrument, només eficaç en defecte de disposició d'última voluntat, en el qual les persones podien ordenar aquestes voluntats digitals. Aquest instrument és l'establert a l'apartat b) de l'**article 411-10.3** del Llibre quart del CCCat ja declarat nul: "**un document que s'ha d'inscriure en el Registre electrònic de voluntats digitals.**"

La inconstitucionalitat declarada a la Sentència del Ple del TC, de 17 de gener de 2019, es basa en l'atribució d'una naturalesa de caràcter **civil** a aquest Registre electrònic. El TC arriba a aquesta conclusió, perquè entén que és la mateixa inscripció

del document de voluntats digitals la que li atribueix eficàcia protectora i, per tant, els efectes substantius d'aquest registre afecten i es projecten sobre les relacions privades en l'àmbit successori.

Com que la naturalesa d'aquest registre és civil, el TC conclou que la seva creació és competència exclusiva de l'Estat, en virtut de l'article 149.1.8 de la CE, que atribueix competència exclusiva a l'Estat en matèria d'ordenació dels registres i instruments públics.

Per tant, no es discuteix la competència del legislador autonòmic, en el marc de la competència assumida estatutàriament en matèria de Dret civil privat de Catalunya per regular la disposició de les voluntats digitals *mortis causa* mitjançant instruments propis de la successió testada en el Dret civil català, ni tampoc la competència executiva en matèria d'ordenació dels registres i instruments públics. La nul·litat declarada per la sentència únicament afecta les disposicions relatives a la CREACIÓ d'un registre electrònic, per atribuir-li naturalesa civil i no merament administrativa o de publicitat de l'existència d'aquest document de voluntats digitals.

Per tant, després d'esmentar la STC, els **instruments** a través dels quals es poden ordenar voluntats digitals són: el testament, el codicil o la memòria testamentària (article 411-10.3 CCCat). Per tant, no ha estat objecte de recurs i continua vigent



l'apartat 4 de l'article 411-10 del CCCat, amb el contingut literal següent: *"El document de voluntats digitals es pot modificar i revocar en qualsevol moment i no produeix efectes si hi ha disposicions d'última voluntat"*. Continua fent referència al document *ad hoc* creat per la Llei en l'apartat anterior, ara anul·lat, per la qual cosa aquest apartat no té aplicació pràctica.

Des d'una perspectiva notarial, la legislació vigent en matèria successòria i particularment testamentària, permet donar cabuda a les voluntats digitals dels testadors amb plenes garanties de validesa i d'eficàcia.

Des d'una perspectiva notarial, la legislació vigent en matèria successòria i particularment testamentària, permet donar cabuda a les voluntats digitals dels testadors amb plenes garanties de validesa i d'eficàcia. En els testaments oberts i codicils, el Notari pot oferir al testador la informació i l'assessorament legal adequat perquè hi inclogui les disposicions que vulgui relatives a les seves voluntats digitals. No solament en relació amb les matèries a les quals, amb caràcter enunciatiu, es refereix

l'article 411-10.2 del CCCat, sinó també, en aplicació del principi d'universalitat de la successió, les relatives a la destinació del patrimoni digital que, si és el cas, posseeix el testador.

No podem obviar la novetat del fenomen successori en matèria de relacions jurídiques generades a través de mitjans digitals, per la qual cosa haurem d'atendre la naturalesa específica de cadascuna, per oferir al testador l'opció més adequada per a l'ordenació i el compliment de la seva voluntat.

Des dels nostres despatxos notarials podem prestar informació i un assessorament especial a les persones que així ho desitgin, sobre les possibilitats que la Llei 10/2017 ofereix. D'aquesta manera i a tall d'exemple, la designació en testament d'una persona diferent de l'hereu, marmessor o administrador, per executar les seves voluntats digitals, (ex art. 421-2.2 CCCat); la decisió sobre si autoritza l'accés a aquesta persona als seus comptes i arxius digitals, ja que, en el cas de no facultar-la expressament, necessitaria autorització judicial; l'autorització per fer còpies o reproduccions múltiples d'un arxiu digital; la destinació que es pot donar als arxius digitals i els suports en els quals aquests s'emmagatzemen o es transmeten.

La qüestió de l'accés a arxius digitals ens obliga a articular instruments que permetin conèixer les claus d'accés a la persona de-

signada. Si la voluntat del testador és que només en tingui coneixement la persona designada, i aquesta és diferent de l'hereu, marmessor o administrador, podríem oferir la possibilitat, com ja han apuntat altres companys, d'autoritzar actes en les quals es recullin aquestes claus, les còpies de les quals només la persona autoritzada estigui autoritzada a sol·licitar.

Tot això sense oblidar l'obligació d'aplicació, quan correspongui, de les legislacions sectorials relacionades amb la matèria, com la relativa a la propietat intel·lectual o la més recent establerta a l'article 3 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

En conclusió, i aplicant els principis recollits en l'article 3 del Codi civil, que estableix que les normes s'interpretaran, entre altres criteris, en funció de la realitat social dels temps en què han de ser aplicades i els successors relatius a la universalitat de l'herència i la subrogació de l'hereu en totes les relacions jurídiques del causant que no s'extingeixin per la seva defunció, l'ordenament jurídic vigent disposa i ofereix prou instruments que garanteixen, juntament amb l'assessorament i la intervenció notarial en la seva aplicació, elaboració i instrumentalització, una ordenació adequada i satisfactòria de les voluntats digitals de les persones que així ho vulguin.

El bitcoin: una primera aproximació jurídica en dret civil espanyol



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

Hi ha molts escrits que parlen sobre el bitcoin des del punt de vista general, social, tècnic, informàtic, etc. El coneixement i l'estudi profund del bitcoin, com qualsevol altra qüestió, pot arribar a ser complex, però la seva explicació bàsica no és tan complexa en el seu ús ordinari, com a divisa o mitjà de canvi, tot i que l'ús de conceptes poc usuals (diner fiduciari, hash, blockchain, criptomoneda, etc.) pot confondre el ciutadà mitjà a primera vista. L'objecte d'aquest article no és explicar en general el que és un bitcoin: em centraré en una anàlisi jurídica del bitcoin, encara que això també pot servir perquè s'entengui millor. No entraré tampoc en l'estudi de la tecnologia que hi dona suport, el blockchain. Em limitaré a dir, per als qui no en saben res, que el bitcoin és o es fa servir com una divisa (ho és *de facto* encara que no reconeguda legalment com a tal en moltes de les legislacions) de la qual es disposa mitjançant l'ús d'unes claus privades.

Abans de res he d'avisar, amb humilitat, que aquest article només pretén ser, com diu el seu títol, una aproximació a aquest fenomen i un element més en els estudis recents sobre el bitcoin perquè, entre tots, puguem discutir, perfilar, millorar i, en definitiva, entendre millor jurídicament el bitcoin (i altres criptomonedes, tokens i objectes o fenòmens similars) i així poder donar resposta jurídica als ciutadans que han sentit a parlar del bitcoin a la premsa i, en breu, voldran tractar-ne als nostres despatxos. Sobretot després del gran boom que va fer el bitcoin a la darrereria de 2017 que, tot i que s'ha anat desinflat, ha deixat molts espanyols amb bitcoins al seu patrimoni.

Definicions

Des d'un punt de vista no legal, el web www.bitcoin.org diu que el bitcoin "és una innovadora xarxa de pagaments i una nova classe de diners". Per la seva banda la Viquipèdia el defineix com "un protocol i xarxa P2P que s'utilitza com a criptomoneda, sis-

tema de pagament i mercaderia". Des d'un punt de vista més tècnic, quan ens referim al bitcoin, ens podem referir a diverses coses, però com apareix en el glossari del llibre *Mastering Bitcoin* d'Andreas Antonopoulos, desenvolupador expert en el tema, la paraula "bitcoin" generalment té 3 accepcions: el nom unitat de la moneda, la xarxa i el software.

En aquest article ens centrarem en el bitcoin com a moneda. Perquè serveixi de base a aquells que el desconeixen, podem dir que el bitcoin és una moneda de la qual es porta un registre no centralitzat de TO-TES les transaccions existents que se'n fan.

Des del punt de vista jurídic, s'ha provat d'abordar-ne la definició des de diferents punts de vista. En tractarem alguns que s'han donat, els quals lamento no compartir, i donaré el meu propi.

Així destaquem:



a) Com a dret de propietat intel·lectual

Franziska Boehm i Paulina Pesch, en una de les primeres anàlisis jurídiques del bitcoin (*Bitcoin: A First Legal Analysis -with reference to German and US-American law*), proven d'emmarcar-lo dins les diferents categories existents en el Dret d'Alemanya i no hi troben un bon acomodament. Indiquen com una cosa semblant (davant el seu caràcter immaterial i ser propi d'internet), la seva naturalesa similar als drets de propietat intel·lectual, però immediatament ho rebutgen, ja que els bitcoins no són una creació intel·lectual ni un programa informàtic (sí que ho és el sistema, programa o "protocol" Bitcoin, creat pel misteriós Satoshi Nakamoto, però no els bitcoins en si mateixos considerats monedes). Conclouen que "no sembla que hi hagi un lloc adequat per als Bitcoins en el sistema legal alemany".

Jo també crec que és rebutjable que el bitcoin, com a moneda virtual i mitjà de canvi, es pugui conceptualitzar com un dret de propietat intel·lectual.

b) Bé patrimonial immaterial "document electrònic"

Avui dia, només he trobat una definició des del punt de vista jurídic a Espanya al web d'una firma d'advocats de Madrid anomenada Abanlex, www.abanlex.com. Es tracta d'una definició que, segons ells mateixos, és fruit d'un treball conjunt d'Alberto Gómez Toribio (informàtic), Ignacio Gomá Lanzón (Notari) i Pablo Fernández Burgueño (advocat). És la reflectida en les escriptures de constitució d'una societat que es va constituir aportant bitcoins i que el Notari va incorporar a l'escriptura sota la fórmula "segons que diuen":

"Un bitcoin és un bé patrimonial immaterial 'document electrònic', objecte de dret real, en forma d'unitat de compte, definida mitjançant la tecnologia informàtica i criptogràfica anomenada 'Bitcoin', que permet ser utilitzada com a contraprestació en transaccions de tota mena. Aquestes unitats de compte són irrepetibles, no són susceptibles de còpia i no necessiten intermediaris per al seu ús i disposició."

Incloure l'objecte definit en la definició no és gaire ortodox i, al meu entendre, pateix de massa informació tècnica, però també és molt lloable i tracta de ser "omnicompreensiva" des del punt de vista in-

formàtic i legal. La part final, de fet, és més una qüestió tècnica i no crec que mereixi una anàlisi legal (al meu parer discutible perquè, encara que es diu que no hi ha intermediaris, crec que sí que n'hi ha: són "els miners", usuaris especials que assegurin de manera conjunta la xarxa i que cobren les seves comissions per això).

La definició d'Abanlex en la qual va ajudar Ignacio Gomá defineix el bitcoin com un document electrònic i crec que bàsicament és correcta, però també penso que estem barrejant peres amb pomes.

Es considera document electrònic segons l'article 3.5 de la Llei de signatura electrònica 59/2003 "la informació de qualsevol naturalesa en forma electrònica, arxivada en un suport electrònic segons un format determinat i susceptible d'identificació i de tractament diferenciat."

El bitcoin, com a informació incorporada a la llista global que és la cadena de blocs, es podria considerar un document electrònic, o que està "incorporat" en una cadena de blocs, però no crec que l'objectiu del legislador en definir els documents electrònics fos incloure el bitcoin o objectes similars ni crec que això en sigui l'essència. Vull dir que, clar, és un document electrònic, com també un xec o un bitllet és un document físic, o una anotació comptable pot ser un document electrònic però, quan definim els diners, el títol valor o l'anotació comptable, no ens referim al seu suport documental. Que no se m'entengui malament, és important, però no crec que sigui el que el defineix i no és el caràcter del document el que ens interessa, sigui físic o electrònic, sinó un altre caràcter: el de ser objecte de drets i com és objecte d'aquests drets. Això és el que ens interessa per poder classificar-lo com a bé moble, dret de crèdit, títol valor, anotació en compte o una altra cosa.

Sí que crec que és molt encertat definir-lo com un dret patrimonial. El seu caràcter immaterial no penso que tingui transcendència, fins i tot considero que la seva existència sí que és material encara que sigui per mitjà de l'anotació corresponent. Podríem dir sinó el mateix de les anotacions comptables de les accions i altres valors.

Pel que fa a ser "objecte de dret real" ja diu Ignacio Gomá al seu bloc "Hay Derecho" que no creu que pugui ocórrer sense més i que per això es va incloure aquesta definició en la seva escriptura sota la fórmula

"segons diuen". Diu el nostre company 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, entendiendo 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..."

Continua l'autor dient que, per qualificar-ho com a objecte de dret real, ell exigeix que hi hagi "poder inmediato y directo sobre algo único e irrepetible que no precise intermediación de intermediación de tercero (un administrador de web, por ejemplo)" i continua dient que "parece ser que admiten esos dos caracteres de la irrepetibilidad, de la innecesidad de terceros para su disposición, al punto de que pueden ser sustraídos materialmente", però no ho arriba a assegurar, potser pel seu desconeixement tècnic sobre els bitcoins.

El tema, precisament és aquest, aquí hi ha la clau, al meu parer, sobre la naturalesa jurídica del bitcoin, com pot ser objecte de drets reals.

La meua definició: Objecte de dret de contingut patrimonial, de transmissió personalíssima mitjançant un sistema abstracte determinat informàticament i de caràcter transnacional.

Jo definiré el bitcoin jurídicament de la forma més senzilla possible: com un objecte de dret de contingut patrimonial, per tant, susceptible de transmissió. Aquí m'aturo de moment, i des d'aquí intento avançar cap a la definició final que he donat. Dic objecte de dret i no dic si físic, immaterial o informàtic. I no ho dic perquè, als efectes legals que ens ocupen, això és senzillament irrellevant. Tot i que el caràcter material o immaterial no li donarà unes característiques jurídiques especials, aquestes característiques provenen del seu sistema de transmissió i d'apropiació. El bitcoin és especial i "nou" tant en la naturalesa de l'objecte com en la forma de la transmissió, cosa que ens planteja si cal "crear" una nova categoria jurídica d'objecte i una nova categoria jurídica de sistema de transmissió.



Ara bé, per “categoritzar” el bitcoin, primer hem d'intentar incloure'l en els béns i drets existents i, si això no és possible, donar-li carta de nova categoria.

Jurídicament parlant, el bitcoin es tracta d'una “cosa”.

Art. 333 CC: “Totes les coses que són o poden ser objecte d'apropiació es consideren béns mobles o immobles”.

Un bitcoin pot ser objecte d'apropiació? La veritat és que sí. Si entenem que apropiarse és “adueñarse (apoderar-se)”, com diu el diccionari de la RAE, hom es pot apropiari o apoderar d'un bitcoin, ja que pot disposar-ne (transmetre'l) i fins i tot, encara que no destruir-lo virtualment (sempre serà al llistat, compte o “ledger” dels bitcoins en el seu blockchain), sí que el podria inutilitzar mitjançant la pèrdua o la destrucció de les claus privades que en permeten la transmissió. De fet, molts bitcoins s'han perdut d'aquesta manera. Reforça aquesta possibilitat d'apropiació que la finalitat o objecte bàsic (no ens atrevim a dir únic) del bitcoin és bàsicament la seva transmissió d'un usuari o detentor a un altre.

Des d'un punt de vista tècnic-jurídic podem dir amb més propietat que és un dret de contingut patrimonial i, en aquest sentit, trobaríem que s'emmarca també en el Codi civil de Catalunya.

El CCCat. en l'art. 511-1.1 i 2 disposa:

Article 511-1. Béns.

1. Es consideren béns les coses i els drets patrimonials.

2. Es consideren coses els objectes corporals susceptibles d'apropiació, i també les energies, en la mesura que ho permeti l'ús natural.

És evident que el bitcoin té contingut patrimonial, ja que, com diem, és objecte de transmissió diàriament. Des del punt de vista del Codi Civil Català se'n pot concretar una mica més la naturalesa per exclusió. Així resulta de l'apartat 2 de l'Art. 511-1 transcrit que defineix les “coses” deixant “fora” el bitcoin, ja que el bitcoin no és un bé “corporal” ni una energia (encara que es requereixi per a crear-lo). Es tractaria doncs d'un objecte de dret i, en concret, d'un **dret patrimonial**.

Havent determinat que som davant un dret, no podem caure en la temptació de començar a classificar-lo com un dret real o personal o un “tertium genus”. Aquest és un altre enfocament; aquí no tractem el bitcoin com un dret a exercir, sinó com una divisa, com un objecte sobre el qual s'exerceixen altres drets. L'important són aquests drets que poden recaure sobre aquest i la manera d'exercir-los. Ens interessa:

-saber si el bitcoin pot ser objecte de propietat, pregunta que ja hem respost afirmativament en considerar-lo un objecte de dret patrimonial.

-saber com s'exercirà aquesta propietat.

-saber si pot ser objecte d'altres drets i com exercir-los cada un d'ells.

-en definitiva: saber com fer que aquest tingui cabuda en el nostre sistema jurídic (si és que es pot), intentant “sotmetre'l” o enquadrar-lo en les categories ja existents o, en el cas contrari, com adaptar el nostre ordenament davant aquesta nova realitat. De les característiques de l'exercici bàsic de la propietat d'un bitcoin, que és la seva transmissió, derivem els seus elements essencials que hem inclòs en la definició.

PROPIETAT. SISTEMA ABSTRACTE DE TRANSMISSIÓ

La propietat d'un bitcoin (o d'una participació del bitcoin, ja que cada bitcoin es

divideix en 0,00000001 unitats anomenades “satoshis”), com en els altres objectes i drets s'exerceix en el seu màxim exponent mitjançant la seva transmissió o disposició. És molt més clar en el cas del Bitcoin, l'objecte principal del qual (encara que no únic, almenys inicialment) és precisament ser disposat com a moneda de canvi de béns i serveis.

La disposició d'un bitcoin es fa mitjançant l'emissió d'una ordre de transmissió. Aquesta ordre no s'envia a un servidor central o a una administrador, sinó a molts servidors, els quals van repetint l'ordre entre ells, són els diferents “nodes” de bitcoin connectats a internet. A efectes pràctics podem considerar com un node qualsevol ordinador connectat a la xarxa bitcoin.

La confirmació de la transacció pot durar hores, malgrat la suposada “rapidesa” de la nova moneda (per a transmissions més ràpides hi ha altres monedes molt similars i el mateix bitcoin està implementant nous sistemes per obtenir més velocitat com els anomenats protocols “segwit” o “lightning”). Un cop confirmada la transacció per la seva inclusió a la “llista oficial” o blockchain, aquesta transmissió és irreversible. Ha passat d'una adreça a una altra i és aquesta altra adreça la que en decideix la nova destinació.

Hi ha una transmissió. Clarament es tracta d'un sistema de transmissió totalment “abstracte”, sense causa. Hi haurà, per descomptat, una relació causal subjacent, però encara que aquesta sigui nul·la, il·legal, o de qualsevol manera, errònia, un cop publicada al blockchain la transmissió és irreversible. Com a màxim, la nova adreça ha de reenviar el bitcoin a l'antiga per deixar la situació com estava inicialment però, sense una ordre correctament efectuada des de la nova adreça, aquests bitcoins no podran tornar al seu antic propietari per molt error o fins i tot il·legalitat que s'hagi comès. Aquí, per tant, ja es veu que davant una transmissió il·legal haurem d'acudir al lliurament de l'equivalent o *tantudem* d'un bitcoin. *Tantudem* que, a més, fluctua molt avui dia.

El que passa és que el “bitcoin”, pel que fa a la seva transmissió, té les seves pròpies normes, les seves pròpies lleis, i intentar sotmetre'l o “domar-lo” a les nostres és impossible, hem d'adaptar-nos a aquesta nova realitat. Tampoc no cal alarmar-se, el Dret sempre s'ha anat adaptant a les noves

realitats i així farà amb el bitcoin. Això es deu, en part, al seu caràcter internacional o, més ben dit, transnacional o global.

TRANSNACIONAL

Una altra característica del bitcoin és que la xarxa no coneix el lloc d'emissió ni de recepció o, més que no el coneix, és que li és totalment indiferent. L'emissió se subjecta a les mateixes regles aquí que en qualsevol altre lloc del món. És impossible determinar el Dret competent d'una transacció en bitcoins. I és impossible perquè la transmissió es regeix per les seves pròpies normes. Són poques, però estrictes, i el seu compliment és condició *sine qua non* per poder confirmar cada transacció. Les normes són dins el software d'aquests nodes o ordinadors connectats a la xarxa. Aquests ordinadors gasten recursos, electricitat i temps en confirmar les transaccions. Si aquests ordinadors segueixen les normes, gasten electricitat però reben recompenses: pagaments en bitcoins; si ho fan malament, gasten temps i electricitat, però no reben cap recompensa en bitcoins, ergo, no val la pena saltar-se les normes perquè perds temps i diners. En l'àmbit financer és un bon sistema coercitiu, la veritat.

El bitcoin és transnacional i les regles de la seva transmissió no se subjecten al Dret espanyol, sinó al software o codi font de bitcoin.core. No és que aquest codi font o software sigui immutable, però el seu canvi es decideix entre "tots els usuaris del sistema", podríem dir, d'una manera en què ara no podem entrar. Només cal dir que no depèn de cap autoritat. No de cap autoritat, nacional o internacional, sinó de cap autoritat perquè no hi ha "l'autoritat" en bitcoin, la descentralització és a la seva essència i, per tant, el concepte d'autoritat li és aliè. Es fa per amplíssim consens entre tots. Així, si la seva transmissió no es regeix pel Dret espanyol, encara que l'art. 609 del CC i l'art. 531-3 del CCCat disposin que la transmissió de la propietat requereix de la tradició, no és veritat en el cas dels bitcoins. Els bitcoins es transfereixen si compleixen el protocol de transmissió que s'inclou en el software del bitcoin.core independentment del que digui qualsevol codi o llei de qualsevol país. Per "adequar-lo" a la nostra legalitat, podem dir que aquesta tradició o lliurament d'un bitcoin es produeix precisament complint el protocol de transmissió, però això seria realment una ficció jurídica o "traditio ficta".



PERSONALÍSSIM: INDISPONIBLE SENSE EL CONSENTIMENT DEL TITULAR

Aquesta és una altra de les característiques essencials del bitcoin. La seva transmissió només la pot fer el titular i ningú més. L'altra cara de la moneda d'aquest caràcter personalíssim és que es tracta d'un dret indisponible sense el consentiment del titular. Només qui està en possessió de les claus privades d'una adreça bitcoin les pot transmetre. Això és el que determina el software de bitcoin i no hi ha autoritat nacional o estrangera que ho pugui canviar. Per introduir una transmissió d'una determinada quantitat de bitcoins en el llibre comptable del sistema bitcoin, s'ha de fer amb aquestes claus, sinó aquesta transmissió no es reflecteix en el llibre comptable i, per tant, no s'ha produït.

Aquesta característica és FONDAMENTAL a l'hora d'abordar la resta de drets i d'institucions existents en el nostre ordenament. Per exemple, un bitcoin és inembargable si el titular no dona les seves claus. És inexpropiable si el titular no dona les seves claus. I en el cas dels drets reals que s'haurien de poder exercir "directament" pel seu titular, atesa la immediatesa essencial dels drets reals, tampoc no poden exercir-se sense les claus del titular. Aquesta característica suposa que aquests drets reals o bé que no es puguin constituir realment i, per tant, no puguin existir, o bé que s'hagin de dur a terme a través de la creació de figures "paraleles" al bitcoin, al marge del seu

llibre comptable (i, per tant, no realment existents a la xarxa bitcoin), o fent servir algunes característiques de transaccions més complexes que el sistema permet com les transmissions multifirma, que tampoc no "casen" exactament amb els nostres drets reals. Abordar cada dret real donaria lloc a un estudi específic i propostes de solucions per a cada un.

Aquest caràcter abstracte, transnacional i personalíssim del bitcoin fa que no quedi subjecte al nostre dret, sinó a les seves pròpies regles.

Vistos aquests caràcters que deriven de la definició donada, crec que cal afegir-ne i estudiar-ne altres dos que crec que també són importants, però que no he incorporat a la definició inicial perquè he procurat que aquesta sigui més essencial i indiscutible i els 2 caràcters que veurem poden ser més discutits. Es tracta de la seva fungibilitat i del seu caràcter de moneda o divisa.

FUNGIBILITAT

Aquest és un punt molt interessant de l'anàlisi jurídica dels bitcoins i es pot entendre perfectament fent un paral·lelisme amb els bitllets i les monedes. Com sabem, els diners són fungibles, en el sentit que una suma de diners és substituïble pel mateix d'aquesta divisa (són els mateixos de la mateixa espècie i qualitat). Però les monedes o els bitllets concrets poden deixar de ser-ho. Per exemple, el bitllet d'1 euro amb número

de sèrie 00001, potser té un valor de col·leccionista superior a la resta, encara que el seu valor nominal sigui d'un euro.

Passa el mateix amb els bitcoins. Els bitcoins no tenen un nombre de sèrie, però que sí se'ls pot seguir pista des de la seva creació (s'emeten a poc a poc d'acord amb un algoritme matemàtic) i hi ha bitcoins creats primer, d'altres creats més endavant i d'altres que encara s'han d'emetre. Estic convençut que els 25 bitcoins que es van crear en el primer bloc de la blockchain de bitcoin, els que Satoshi Nakamoto, el seu misteriós creador, es va adjudicar en l'anomenat "genesis block", tenen un valor molt més alt que la resta, però això no vol dir que nominalment siguin diferents de la resta i, a la xarxa bitcoin, la seva despesa computa igual que la resta.

Així, els bitcoins, com a divisa, són fungibles, però la seva traçabilitat i identificació perfecta a la xarxa blockchain poden fer que els donem un valor diferent, ja sigui per ser els primers o per ser els que es van crear en el bloc 1 milió, o per qualsevol altra raó. En principi, doncs, i com la resta de diners, haurem de considerar els bitcoin com un bé fungible, però amb aquest matis.

DIVISA O MITJÀ DE PAGAMENT

Bitcoin va ser creat i dissenyat per ser una moneda i, per tant, un mitjà de pagament. Al principi de l'article ens hi hem referit com un "mitjà de canvi" intentant ser més neutres perquè, encara que es poden donar béns en pagament, el mitjà de pagament per antonomàsia és la moneda. El tema no és intranscendent, ja que la compravenda es fa mitjançant el pagament amb diners o signe que el representi, mentre que en cas contrari seríem davant una permuta. Hi ha hagut autors i companys que han caracteritzat el bitcoin com un dret diferent d'una divisa i, per tant, que dona lloc a permutes. És perfectament defensable per la naturalesa especial del bitcoin, però no és la meua posició.

Jo crec que el bitcoin és un mitjà de pagament i una moneda o divisa, encara que aquesta no estigui recolzada o hagi estat emesa per cap Estat. En el seu disseny el seu ús essencial és precisament aquest, el d'una moneda, encara que s'ha descobert que es pot fer servir per a altres coses (dipòsit de valor, títol-valor d'altres objectes o

drets, fins i tot com un sistema de votació descentralitzat).

Aquesta idea que defenso del bitcoin com a moneda o divisa ha estat reforçada per la sentència del TJUE, de 22 d'octubre de 2015, David Hedqvist, assumpte C-264/14, en què el Tribunal analitza la subjecció a l'impost de les operacions de canvi de divises tradicionals per la moneda virtual bitcoin, o viceversa. En aquesta sentència el TJUE assenyala que bitcoin "*constitueix un mitjà de pagament directe entre els operadors que l'accepten*" i considera exempta d'IVA les operacions de canvi de bitcoin per altres divises que accepten expressament que el bitcoin és una divisa més.

Aquesta idea que defenso del bitcoin com a moneda o divisa ha estat reforçada per la sentència del TJUE, de 22 d'octubre de 2015, David Hedqvist, assumpte C-264/14, en què el Tribunal analitza la subjecció a l'impost de les operacions de canvi de divises tradicionals per la moneda virtual bitcoin, o viceversa.

En aquesta mateixa línia trobem la recent Resolució Vinculant de Direcció General de Tributs, V1748-18, de 18 de juny de 2018, que nega el dret a deduir l'IVA suportat a un empresari dedicat a la mineria de bitcoins (creació o generació d'aquests mitjançant un sistema en què no entrarem) perquè aquesta activitat en si no està subjecta a IVA, precisament perquè és una operació relativa a la creació d'una divisa que, com a tal, està exempta d'IVA. El que ens interessa aquí és que la mateixa Administració tributària considera el bitcoin una divisa i mitjà de pagament.

EXERCICI D'ALTRES DRETS DIFERENTS DE LA TRANSMISSIÓ DE LA SEVA PROPIETAT

Pel seu caràcter de divises, per la seva fungibilitat i també pels caràcters especials que acabem d'exposar, trobem diversos problemes que fan que el bitcoin no sigui susceptible de l'exercici normal de determinats drets. Així, el seu caràcter fungible suposa la impossibilitat de subjectar els diners i, per tant, també els bitcoins, a drets personals o reals com servituds, censos, hi-

poteques, penyores, etc. Llevat que siguin "irregulars" (com succeeix amb els diners i el dipòsit o la peça irregular).

Ara bé, també es pot intentar fer construccions "tècniques" o "informàtiques" per subjectar un bitcoin a un sistema de transmissió o possessió similar al d'altres drets reals. Un exemple d'això, en el cas d'un dipòsit, podria ser dipositar en un tercer (o diversos, tècnicament és possible) les claus de transmissió. Tot i que el protocol de transmissió del programa bitcoin simplement comprovarà que qui transmet els bitcoins és o són les persones (o programes) titulars d'aquestes claus, hi pot haver una relació jurídica subjacent de dipòsit. Exactament igual que un dipòsit irregular. I podríem arribar a una solució similar en el cas de la penyora, que en el cas del bitcoin requeriria el trasllat de les claus o una part al creditor o a un tercer (com un Notari).

CONCLUSIÓ: ADAPTACIÓ

Així, si no podem "subjectar" el bitcoin al nostre ordenament, què podem fer? Adaptar-nos, com sempre fa el Dret, a la nova realitat. En aquesta adaptació tindrà un paper important el "tantumdem": a) quan hi hagi una transmissió il·legal, per reparar el perjudici causat a la persona desposseïda dels seus bitcoins, o b) quan s'hagi de dur a terme una transmissió obligatòria de conformitat amb el Dret i aquesta no es produeixi d'acord amb el protocol bitcoin, perquè la persona que havia de rebre la transmissió rep aquest "tantumdem". Una altra característica especial d'aquests bitcoins és que el seu valor és molt volàtil, de manera que caldrà determinar bé el dia en què aquest tantumdem ha de quedar fixat.

CASOS PRÀCTICS. Acabaré posant alguns exemples o casos pràctics del que s'ha exposat avui dia, més teòrics que reals, però que podrien ocórrer perfectament avui mateix.

Herència. Partim d'una transmissió *mortis causa* a Espanya. La transmissió d'un bitcoin, com la de qualsevol altre objecte de Dret, es regeix per la legislació espanyola. Si una persona mor amb un nombre determinat de bitcoins, l'hereu ha de comptar amb les contrasenyes adequades per poder-hi accedir. Si no és així, per molt que sigui hereu i "hi tingui dret", no hi podrà accedir i tenir aquests bitcoins. Si les claus s'han perdut, l'hereu no heretarà res, s'hauran per-



dut els bitcoins del causant, però si aquestes claus les té una altra persona, un tercer que les guardava, l'hereu l'hi pot reclamar, i si aquest no les facilita, li pot reclamar el "tantumdem", el valor d'aquests bitcoins en el moment de la mort.

Aquest cas exposat pot ser bastant real. No és el cas de qui guarda els seus arxius en "moneders" o "wallets" normals, ja que les aplicacions i els desenvolupadors d'aquestes aplicacions no guarden les claus privades dels seus clients, però sí que seria el cas d'un causant que tingués els seus bitcoins a una casa de canvi, pràctica que és força habitual en alguns posseïdors de bitcoins, que solen adquirir altres criptomonedes amb bitcoins. Aquestes cases de canvi sí que guarden les claus privades de tots els comptes dels seus clients (dels seus bitcoins i de les seves altres criptomonedes), solen actuar amb molt de volum de bitcoins i amb molts clients. Per això mateix estan regulades en els seus països de forma similar a les borses tradicionals, i compleixen les legislacions nacionals d'identificació dels clients i de prevenció del blanqueig de capitals. Per això seria possible recuperar aquests bitcoins sol·licitant les claus o transferint els comptes del causant a les de l'hereu.

Dipòsit i penyora. Altres exemples "d'adaptació" serien les construccions a què hem fet referència abans sobre el dipòsit i la penyora. Si es transmeten les claus a una persona en dipòsit o en penyora, la seva situació serà idèntica a la d'un dipòsit o penyora irregular. En el cas de transferir les claus a diverses persones i no poder transferir els bitcoins sense elles, som davant una nova construcció doctrinal. Tècnicament el protocol bitcoin permet usar la possibilitat de la "multifirma" de manera que la transmissió només és possible amb el concurs de tots els titulars de les claus. Doctrinalment es configuraria com un dipòsit o penyora irregular a semblança d'un dipòsit o penyora de diners, però amb uns posseïdors "mancomunats" que només podran transmetre la possessió (i la propietat, recordem que són "irregulars") amb el concurs de tots els que tenen les claus. I si algun ho impedeix per dol, culpa o negligència, aquest serà el



responsable, davant qui correspongui, de la pèrdua d'aquests bitcoins que quedaran paralitzats.

Compravenda d'immobles. Finalment, en l'hipotètic cas d'una compravenda d'immobles amb bitcoins, si acceptem que es tracta d'un mitjà de pagament, en tractar-se d'una escriptura pública caldrà identificar aquest mitjà de pagament. N'hi hauria prou de fer referència al "bloc" de la transacció, que és públic. Personalment incorporaria una impressió d'aquest bloc, encara que de totes maneres sempre es podria consultar en qualsevol moment des de qualsevol dispositiu amb connexió a internet i, per tant, a la xarxa bitcoin.

No ho estudiaré en profunditat, però des del punt de vista de la legislació del blanqueig de capitals, el pagament en bitcoins s'hauria de considerar i de tractar com un pagament en efectiu metàl·lic. Així ho entenc perquè, *en primer lloc*, considerem el bitcoin una divisa i, *en segon lloc*, el pagament de bitcoins es realitza entre les parts "sense intermediaris" o, en tot cas, sense intermediaris subjectes a la normativa de prevenció de blanqueig de capitals com són les entitats de crèdit.

I amb més raó tenint en compte que la traçabilitat de la transacció avui dia és relativa: és exacta i pública pel que fa a la identificació del compte (o "adreça bitcoin") d'origen, el compte de destinació i pel que fa a l'import, però és anònima (o "pseudònima" parlant amb propietat tècnica) pel que fa a la titularitat d'aquests comptes o adreces, ja que actualment seria possible però bastant molest tècnicament demostrar-ne la titularitat. Amb la manifestació de les parts i la coincidència dels valors hauria de ser suficient si el tractem com un pagament en metàl·lic. Més endavant, si l'ús de bitcoins s'arribés a normalitzar (com auguren i voldrien els seus entusiastes) seria convenient fer una declaració notarial o davant alguna autoritat administrativa acreditativa de la titularitat d'aquests comptes.

Per tot això exposat, avui dia, per a una compravenda d'immobles el més pràctic continua sent convertir els bitcoins a euros i pagar en euros, per descomptat.

En conclusió, cal anar veient cada cas concret per idear construccions jurídiques i tècniques que permetin l'ús dels bitcoins i l'exercici de drets sobre aquests de la manera que el nostre ordenament i el protocol bitcoin permetin.



“El nivell de seguretat jurídica a Espanya és elevadíssim i amb una relació cost-benefici òptima”

Pedro José Garrido Chamorro

Director General dels Registres i del Notariat

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Pablo Moreno

Pedro José Garrido Chamorro (Madrid, 1960), es va llicenciar en Dret per la Universitat Pontifícia de Comillas. El 1987 es va incorporar al Notariat, va ser Notari de Palma de Mallorca (1995-2003), degà del Col·legi de Notaris de les Illes Balears (2001-2003) i, posteriorment, fins a l'actualitat, Notari de Madrid. Ha ocupat diversos càrrecs al Consell General del Notariat, com a vicesecretari (entre 2005 i 2012) i delegat d'Assegurances (entre 2005 i 2014), amb funcions relacionades amb la gestió de l'assegurança mèdica i la responsabilitat civil. Ha participat en l'organització i la direcció de diversos cursos sobre el sistema notarial i registral, dirigits a professionals de diversos països llatinoamericans.

És autor de diversos estudis jurídics sobre matèries com les reserves de les societats mercantils, els costos i el valor econòmic de la seguretat jurídica preventiva, l'adopció i la protecció de menors, així com també sobre l'impacte de les tecnologies en les activitats jurídiques.

És director general dels Registres i del Notariat des de l'agost de 2018.



P: Com valora els primers mesos davant la Direcció General?

R: Està sent una experiència molt positiva i estic descobrint la dificultat i la complexitat de totes les tasques i les possibilitats que hi ha des d'aquesta Direcció General, que van molt més enllà del que són qüestions estrictament notariales i registrals. Compto amb un equip de funcionaris de molta qualitat i nivell, amb molta dedicació, que responen molt bé davant tots aquests reptes, malgrat que tenim una manca de mitjans molt destacable.

Seria partidari de la fusió entre Notaris i Registradors sempre que fos possible fer-ho amb ple respecte als drets i les expectatives dels membres de cadascun dels cossos

P: Quins són els principals reptes i objectius a curt, mitjà i llarg termini?

R: A curt termini, en l'àmbit que no té res a veure amb el notarial i els registres, el repte principal que hi ha és la solució al col·lapse que hi havia a la Direcció General en la resolució dels expedients de nacionalitat. Fa necessari que ens proporcionin nous mitjans i ara, amb els pressupostos prorrogats, estem trobant algunes dificultats. Però, malgrat tot, estem fent un esforç molt important per aconseguir-ho i posar en marxa un pla que solucioni aquest problema de molts ciutadans. A mitjà i llarg termini, el repte és el Registre Civil, que és una institució completament nova que prestarà un servei de molta més qualitat i molta més eficàcia als ciutadans. També requereix molt desenvolupament, de la implantació de nous mitjans. Això seria per l'any que ve i el següent. Respecte de l'àmbit notarial i registral, el repte principal, a més de solucionar problemes i qüestions puntuals que van sorgint en el dia a dia, és treballar en el procés de digitalització i modernització de la feina dels Notaris i dels Registradors, i la generalització de l'ús dels certificats o dels documents electrònics. És a dir, la feina exclusivament electrònica tant en una oficina com en l'altra.



P: Com veu la relació actual entre Notaris i Registradors?

R: Personalment la relació entre Notaris i Registradors és excel·lent i ho estic comprovant cada cop que vaig a actes d'algun dels dos col·lectius, en què hi pot haver la presència de tots dos. Des del punt de vista dels col·lectius, la relació fa molts anys que és força tensa, això no s'ha solucionat. Seria intel·ligent, per part dels dos cossos, trobar vies de diàleg, de restabliment de la confiança, que crec que és bastant necessària per defensar millor els interessos generals, que al final redonden en els interessos dels Notaris i els Registradors.

P: Preveu la possibilitat de la fusió entre ambdós cossos?

R: No és damunt la taula a curt termini, de forma imminent, però es planteja continuament en qualsevol reunió o fòrum. Jo crec que tant en la societat com en l'Administració es percep com un fet bastant lògic per evitar els problemes que aquestes pressions corporatives puntuals creen. Jo seria partidari sempre que fos possible fer-ho amb ple respecte als drets i les expectatives dels membres de cadascun dels cossos, i realment penso que hi ha aquesta possibilitat. I al final crec que seria molt positiu, perquè permetria als dos cossos fer una

política d'innovació, de canvi, de presa de decisions des d'uns criteris molt més objectius des del punt de vista dels interessos generals, en lloc de prevaldre sempre el que preval avui dia: els arguments d'enfortiment d'un cos davant l'altre. Això al final fa que les decisions siguin menys eficaces o menys encertades.

P: Respecte de l'accés a la professió, creu que és el millor sistema d'accés o s'hi han d'introduir canvis?

R: Jo crec que el sistema d'oposició realment segueix donant uns resultats molt bons. És cert que no és la forma d'estudi, de preparació, a la qual estan acostumades les noves generacions que surten de la universitat, però realment crec que és molt formatiu i que garanteix uns cossos de professionals, de funcionaris, molt ben preparats. Sí que és cert que potser el completaria, un cop acabada l'oposició, amb un període de pràctiques una mica més estructurat i organitzat, tant per als nous Notaris com per als nous Registradors, en Notaries i Registres. A més, totes dues alhora, per conèixer la realitat de les dues oficines. I amb una estructura definida, com se sol fer en totes les pràctiques: d'objectius, etc. Seria bo perquè, a més, ajudaria a transmetre als nous Notaris i Registradors els principis i els valors més importants de l'exercici d'aquestes professions públiques.

P: Una de les reivindicacions extensament sol·licitades pel Notariat és el compliment de la Llei que permeti l'accés telemàtic dels Notaris als llibres del Registre. Actualment hi ha alguna iniciativa en aquest sentit?

R: Quan vaig accedir al càrrec, el Col·legi de Notaris ja ens va anunciar que tenia preparat un sistema d'accés telemàtic que, a primera vista, semblava bastant correcte i acceptable, i que recollia les disposicions de la Llei 24/2001 i de la 24/2005. Encara no ens hi hem posat a treballar per manca de temps material, però si tenim temps és un dels propers objectius que hauríem d'aconseguir desenvolupar.

P: El reconeixement legal del control de legalitat és una altra de les qüestions reclamades pel Notariat. Està previst avançar legislativament en aquest sentit?

R: En primer lloc, crec que el control de legalitat està reconegut en el nostre ordenament jurídic. Malgrat el que van dir les sentències del Tribunal Suprem, són molt nombroses les disposicions que, particularment, l'estableixen. I hi ha normes que també en parlen, tant l'article 1 com el 17 bis de la Llei del Notariat, com en la regulació del règim disciplinari dels Notaris. I, sobretot, en la societat ningú no dubta que el Notari té prohibit autoritzar qualsevol document que no s'ajusti a la legalitat. Sí que és

cert que reforçaria i facilitaria les coses la introducció d'una disposició de caràcter general que ho establís. És un tema que sí que plantegem, però l'activitat legislativa del Parlament està sent molt reduïda i per això no hi ha hagut l'oportunitat de fer-ho.

P: El nostre sistema de seguretat jurídica, basat en el binomi Notari-Registrador, és reconegut internacionalment. Com valora el nivell de seguretat jurídica preventiva del nostre país en relació amb els altres?

R: Jo crec que realment el nivell de seguretat jurídica d'Espanya és elevadíssim i, a més, amb una relació cost-benefici, qualitat-preu òptima. Crec que no hi ha cap país que superi Espanya. Una prova d'això és el reduïdíssim cost que té l'assegurança de responsabilitat civil dels Notaris per cada document autoritzat, cosa que indica que la probabilitat de problemes o el cost de la sinistralitat és molt reduït. Sí que és cert que s'haurien d'adoptar mesures per millorar-ho, sobretot des del punt de vista de la coordinació entre Notaries i Registres, perquè aquí a vegades es produeixen alguns desajustos que creen problemes inesperats.

P: Creu que els ciutadans del nostre país perceben i valoren clarament aquesta seguretat jurídica preventiva?

R: Jo crec que sí. Per la meua experiència com a Notari al meu des-

patx, penso que el ciutadà que va a la Notaria realment disposa d'una confiança bastant gran, no il·limitada però gairebé, en el Notari que l'està atenent. Es posa a les seves mans, normalment accepta el seu consell i la seva gestió d'una forma molt clara, fet que realment indica que hi confia.

La Llei de Jurisdicció Voluntària està resolent qüestions amb una agilitat, seguretat i garantia de correcció de la solució molt notables, i amb un cost molt menor que el d'acudir a l'Administració de Justícia

P: Què es pot fer i s'ha de fer per millorar la imatge de la Justícia?

R: Jo crec que la Justícia, en general, té professionals de molt alt nivell –jutges, fiscals, els Llettrats de l'Administració de Justícia...– i molt rigor en el desenvolupament de la seva feina. Per tant, crec que, des del punt de vista humà, tenen una categoria, un nivell més que acceptable. El problema és que està molt mal dotada de mitjans. Els organismes judicials estan desbordats i, a més, la implementació de les noves tecnologies no s'ha desenvolupat tot el que hauria calgut. És veritat que és crític, per a l'estabilitat del país, disposar d'una bona Administració de Justícia que proporcioni la seguretat jurídica deguda i, per tant, crec que aquí és necessari fer un esforç inversor molt decidit i molt fort.

P: Quina és la seva valoració de la Llei de jurisdicció voluntària?

R: La meua valoració és extremadament positiva, malgrat que la seva aplicació o desenvolupament pràctic és gradual i lenta, i molts d'aquests procediments s'utilitzen menys del que podrien arribar a utilitzar-se potencialment. Però realment està resolent qüestions als ciutadans amb una agilitat, seguretat i garantia de correcció de la solució molt notables, i amb un cost enormement menor que el d'acudir a l'Administració de Justícia per a aquestes qüestions. Un cost menor tant per al ciutadà com per al sistema, perquè





s'està descarregant l'Administració de Justícia. Per tant, jo crec que fins ara està funcionant bé, que està fent una aportació molt positiva a la societat, encara que queda força camí per recórrer.

P: En matèria de Mediació es treballa en l'avantprojecte de Llei d'impuls de la mediació. El futur de la Justícia passa per incentivar els mètodes alternatius de resolució de conflictes?

R: El Ministeri impulsa aquest projecte de Llei, que crec que és una aportació molt positiva pel que pot significar de reducció de càrrega a l'Administració de Justícia, als jutges i tribunals, i d'aportació de solucions més fàcils als conflictes dels ciutadans. És cert que hi ha l'obstacle de la manca de cultura en la mediació a Espanya, tant entre els ciutadans com entre els professionals del Dret, els advocats, i el camí serà lent. Però jo crec que s'hauria d'avançar en aquesta direcció, perquè, per la meva experiència, amb totes les mediacions que els Notaris desenvolupen de facto a la Notaria, quan els ciutadans arriben amb algun problema, aquesta objectivació del problema i de les solucions, i la cessió que l'un i l'altre han de fer -que després acaba sent menys del que esperaven-resol les coses amb molta més agilitat i de forma molt més satisfactòria per al ciutadà en un percentatge elevadíssim dels casos. Per això crec que la mediació segurament

aportarà uns resultats molt positius a la nostra societat.

P: El projecte de Llei del Registre Civil va tornar a quedar aturat després de no ser aprovat pel Ple del Congrés ara fa un any. Quan i com preveuen encarar aquesta qüestió? Quina creu que ha de ser la contribució i el paper dels Notaris en aquest projecte?

R: El projecte no està aturat, s'hi treballa, amb molts recursos i mitjans, i jo crec que amb una orientació molt ben plantejada des de la Direcció General. La idea és, si hi ha estabilitat política i parlamentària, que el reglament del Registre Civil nou pugui entrar en funcionament a partir del juny de 2020, cosa que suposarà modificar el sistema per un de molt més avançat i més eficient. I realment aquí el Notari, com a funcionari públic, pot tenir un paper decisiu i ajudar moltíssim en el funcionament del Registre Civil perquè autoritza molts actes que tenen transcendència després al Registre Civil: matrimonis, divorcis, separacions, capitulacions matrimonials, reconeixements de fills, emancipacions, poders preventius, autotuteles... I totes aquestes actuacions notariales, si tot el sistema està ben organitzat des del punt de vista digital, permetran que els actes autoritzats pels Notaris quedin registrats gairebé de manera automàtica al Registre Civil, que és com hauria de ser. Per tant, descarregarà molt la feina del Registre i, a més, donarà una agilitat molt gran a la constatació registral en tots aquests actes.

La idea és que el reglament del Registre Civil nou pugui entrar en funcionament a partir del juny de 2020, cosa que suposarà modificar el sistema per un de molt més avançat i més eficient

P: En l'àmbit legislatiu, Europa marca cada cop més el pas. Com valora el ritme de transposició de directives europees i l'encaix actual de la legislació espanyola amb l'europea?

R: Jo crec que la legislació europea és molt modernitzadora de mol-

tes de les nostres institucions i de les nostres pràctiques. Per tant, és molt positiva perquè, a més, ajuda a vèncer resistències al canvi dins Espanya. En general, les directives i la seva transposició són molt positives per crear un ordenament jurídic més modern i més eficient. Després, la transposició no sempre és fàcil perquè el Parlament, en estar tan dividit i tenir una cultura de pactes que té encara camí per recórrer al nostre país, no sempre aconsegueix l'aprovació de les noves disposicions dins els terminis establerts. Ens hem trobat amb més d'una sanció i amenaces de sanció per part de la Unió Europea. Però tot va millorant i s'hi va treballant.

P: En aquest context s'emmarca, per exemple, la interconnexió dels registres comunitaris i la lliure circulació del document. Són necessàries per garantir la màxima seguretat jurídica?

R: Sí, són fonamentals perquè el mercat cada cop és més un mercat europeu, i no un mercat nacional. En matèria de contractes financers, les societats mercantils, les representacions, fins i tot el tràfic immobiliari... cada cop els documents transfronterers tenen més importància. Per tot això crec que, al final, encara que queda molt camí per recórrer, ha de ser possible la creació d'un sistema de circulació àgil dels documents notariales a Europa. S'hauria de poder fer fins i tot sense la necessitat de la postil·la. Sempre sota la premissa que es plantegin documents electrònics que, a més, és al que s'ha de tendir. Les còpies de les escriptures en paper haurien de desaparèixer en un futur com més aviat millor. I des del punt de vista dels registres, exactament igual. Hi hauria d'haver una interconnexió entre les Notaries i els registres europeus per poder obtenir informació i per poder trametre documents a cada registre competent. I, d'altra banda, és necessari que els registres estiguin interconnectats telemàticament entre ells.

P: Pel que fa a la Llei de crèdit immobiliari, com valora els canvis que introduirà?

R: Jo crec que els canvis seran molt positius perquè realment pro-



Entrevista



porcionen una transparència formal i material molt superior per al consumidor. Aconseguirem una regulació de les clàusules abusives molt més potent i, a més, crec que s'ha dissenyat un paper molt positiu del Notari en aquesta intervenció, amb els documents financers, sobretot amb la informació que s'ha de donar al ciutadà amb caràcter previ, de manera que garanteixi la neutralitat d'aquesta informació. Se li haurà d'enviar abans i el ciutadà, tot sol amb el Notari, haurà de mantenir una conversa i atendre les explicacions del Notari, sense la presència del banc. Per tant, al ciutadà li serà més fàcil consultar tots els dubtes, sense sentir-se pressionat per la pressa per signar el document. Per tot això, crec que aquesta Llei serà molt positiva. La clau és la part prèvia, l'acta que s'autoritza amb caràcter gratuït per al ciutadà, si més no un dia abans de l'atorgament de l'escriptura, i garantint també una cosa molt important, que és que el ciutadà pugui exercir el seu dret de lliure elecció de Notari, que és una

cosa fonamental per a la defensa dels drets dels ciutadans.

P: Una de les apostes del Ministeri és aconseguir una Justícia més àgil, sense papers. En quin punt ens trobem? Quines són les innovacions, en matèria telemàtica, en què es treballa actualment?

R: Pel que fa a la justícia preventiva, jo crec que els avenços tant de la corporació notarial com registral han estat molt decidits i notables. Encara no s'han posat tots en marxa, perquè requeixen, en part, un petit impuls final amb l'aprovació de les disposicions legals que els obrin pas, però crec que això pot ser més o menys imminent i pot donar lloc a una millora molt important de tota la seguretat jurídica preventiva. I, per part de l'Administració de Justícia, també s'està fent un esforç molt gran, així com des de la Direcció General i el Ministeri, en noves tecnologies, per a aquesta modernització tecnològica. És veritat que és difícil per

la magnitud de la tasca que s'ha de dur a terme, per la gran quantitat de jutjats, d'expedients, de documents, de notificacions... Es necessita un sistema informàtic que pugui gestionar tot això de forma àgil i segura, cosa que comporta molts anys d'esforç i d'inversions. Però s'estan fent grans inversions i jo crec que acabarà arribant una justícia telemàtica molt més eficaç.

Les directives europees i la seva transposició són molt positives per crear un ordenament jurídic més modern i més eficient

P: En els darrers anys, el Notariat s'ha enfocat cada cop més a la funció social i a la col·laboració amb les Administracions Públiques. ¿Ha de prevaler el seu vessant com a funcionari públic abans que el de professional del Dret?

R: Crec que no pot prevaler ni l'un ni l'altre, perquè en tota actuació notarial tots dos estan completament presents. No es pot ser només una mica funcionari ni ser només una mica professional, perquè s'ha d'assessorar els ciutadans per explicar-los les opcions que, dins la legalitat, li permetran obtenir els resultats que vol obtenir amb el negoci que vol portar a terme. I això es fa amb una configuració, amb una conceptualització del Notari íntegrament com a funcionari. És a dir, no hi ha res del que el ciutadà faci a la Notaria que pugui ser il·legal, per això exercim el control de legalitat, o res que es pugui ocultar o dissimular a les Administracions Públiques ja sigui blanqueig, control del frau fiscal, etc. El ciutadà sap que, a aquest efecte, quan va al Notari és com si anés a una finestra de l'Administració Pública. Tot el que fa serà absolutament transparent, i així és com ha de ser perquè, en el cas contrari, el ciutadà acabaria tenint molts problemes amb les seves operacions jurídiques.

P: Amb l'Administració, una de les principals línies de col·laboració és, precisament, la lluita contra el frau



i el blanqueig de capitals. Com valora aquesta col·laboració?

R: Crec que no cal que jo la valori, perquè ja està prou valorada i publicada, aquesta valoració, per organismes tradicionals com el GAFI, fonamentalment i, a Espanya, pel SEPBLAC, tribunals, fiscalia, etc. Estan fent un treball molt intensiu amb la informació que els proporcionen els Notaris i, gràcies a aquest, estan obtenint uns resultats extraordinàriament positius. S'han desmantellat xarxes de frau, de blanqueig, etc. perquè el Notari és completament funcionari, com deia abans, i tota la informació estructurada i organitzada pels Notaris, a través de l'Índex Informatitzat, està sent molt útil a l'Administració i als poders públics en general.

P: I per acabar, ¿com creu que ha de ser la Justícia del segle XXI? Quin

paper està cridat a dur a terme el Notariat en els propers anys?

La necessitat d'assessorament per aconseguir seguretat jurídica és cada cop més gran, (...), tant en la relació entre particulars com en la relació entre el ciutadà i l'Administració.

R: Jo crec que la Justícia ha d'unir dos elements: d'una banda, l'agilitat i la reducció de costos, que serà fruit de la modernització. I la modernització no consisteix només en allò tecnològic, en posar instruments de nova tecnologia, digitals, en funcionament dins les Notaries, sinó també en una transformació dels mètodes,

dels sistemes de treball que es fan servir dins les Notaries. I passa el mateix dins els registres de la propietat. Si ens comparem amb empreses de serveis que presenten algun punt d'analogia amb nosaltres, com pot ser la banca, crec que en el camp de la modernització dels procediments i de l'organització empresarial encara ens queda bastant camí per recórrer. I, d'altra banda, això s'ha de sumar a la seguretat jurídica que, jo crec que, malgrat totes les dificultats que presenta pel canvi constant del món modern, no se n'ha ressentit absolutament gens. Al contrari, crec que s'ha vist reforçada perquè la complexitat de qualsevol operació avui dia és molt més gran, i la necessitat d'assessorament per aconseguir seguretat jurídica és cada cop més gran, més intensa, tant en la relació entre particulars com en la relació entre el ciutadà i l'Administració. I crec que s'està aconseguint i s'està oferint amb uns resultats molt satisfactoris.



“No som prou conscients dels nostres drets com a consumidors”

Elisabeth Abad i Giralt

Directora de l'Agència Catalana de Consum

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Elisabeth Abad i Giralt (Esplugues de Llobregat, 1962) és llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona. Ha estat cap de Secció i del Servei de Formació de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, subdirectora general de l'Escola de Policia de Catalunya del Departament d'Interior, cap de Gabinet del Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme i subdirectora general de Dret i Entitats Jurídiques del Departament de Justícia.

El febrer de 2011 va ser escollida diputada al Parlament de Catalunya, formant part de diverses comissions, entre elles la de Justícia. A gener de 2013 fou nomenada directora del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció, i de gener 2016 a maig 2018 fou designada senadora a les Corts generals pel Parlament de Catalunya i portaveu de les comissions de Justícia i d'Interior.

Des del 2 d'agost de 2018 és directora de l'Agència Catalana de Consum.



P: Quins són els principals objectius a curt, mig i llarg termini de l'Agència?

R: El primer objectiu en arribar ha estat elaborar un Pla estratègic de l'Agència Catalana de Consum del 2019-2023, que és el full de ruta per arribar més enllà. I, vinculat a aquest pla estratègic, fer un Pla d'acció concret, el de 2019. Recentment ambdós plans han estat aprovats en el primer consell de direcció de l'Agència. Un consell amb 23 persones representades, del món de l'empresa, del món local, dels departaments de la Generalitat que tenen incidència en el món del consum, i que presideix la consellera d'Empresa, Àngels Chacón, donat que l'Agència és un organisme autònom adscrit al Departament d'Empresa i Coneixement, i és aquest consell qui valida la posada en marxa de tota la nostra activitat.

P: Quina és la visió, missió i objectius que fixa aquest Pla estratègic?

R: A gran trets, la visió de l'Agència, es va decidir que és que volem ser la institució de referència en matèria de consum tant a Catalunya, com a nivell estatal i europeu. És a dir, volem treballar les polítiques comunes de consum amb la finalitat de millorar la prosperitat del nostre país, perquè si hi ha una política de consum al darrera, el país funciona, però també pel benestar de la ciutadania. Quan es té un conflicte de consum, la gent s'angoixa; si treballes perquè això no passi, aconsegueixes que tothom estigui millor amb ell mateix. Per tant, tenint en compte aquesta visió, la nostra missió principal és garantir els drets de les persones consumidores, i això és importantíssim. I ho fem planificant i executant les polítiques que el Govern de la Generalitat vol impulsar. També volem millorar la competitivitat entre les empreses i les condicions del mercat de treball. Quan l'empresa aposta per la qualitat i la transparència, per una millor atenció als seus consumidors, també està millorant el mercat de treball, perquè fa que l'empresa també es pugui exportar. De manera que, d'una banda, parlem de drets, però de l'altra parlem de persones i d'empresa i mercat.

P: I per assolir aquests objectius com treballen?

R: Per aconseguir-ho tenim quatre objectius principals: el primer, integrar les preocupacions de les persones consumidores en les polítiques del Govern; segon, desplegar i actualitzar el nostre codi propi, el Codi de Consum de Catalunya; tercer, aconseguir que les persones consumidores estiguin degudament informades, aconseguir mercats més transparents, que apostin per la qualitat, i més equilibrats i dinàmics, que es vagin integrant en les noves maneres de consumir que té la societat; i, per últim, potenciar el consum exigent en els elements de competitivitat de l'empresa. Cada cop hi ha més normativa europea que ens exigeix que siguem rigorosos amb les nostres produccions, i hem d'incidir en aquest aspecte. Per tant, estem incidint en molts àmbits de la societat, des de que una persona neix fins que es mor, tot al llarg de la seva vida i del seu dia a dia. A partir d'aquest Pla podem començar a desenvolupar els objectius. El Pla és fruit de la participació de tot el personal de l'Agència, l'hem fet des de dintre i de baix a dalt, hi ha participat tota l'organització, l'hem creat amb la gent que porta treballant molts anys a l'Agència i saben perfectament què s'està fent i què cal millorar.

Tenim un Codi de Consum de 2010, però aquest no pot ser un codi rígid, s'ha d'adaptar a la societat

P: I quines han estat les fites assolides ja en aquests primers mesos?

R: És una fita aconseguir en tres mesos identificar qui som i poder-ho racionalitzar i fer un pla estratègic, a més d'aprovar el pla d'acció de tot el 2019, amb un pressupost prorogant. Acabar les campanyes que ja teníem previstes pel 2018 no ha estat fàcil, i hem començat 2019 desenvolupant nous projectes de col·laboració, tant amb institucions del Govern com amb la societat civil, per exemple, amb col·legis professionals, gremis, fundacions i associacions. En definitiva, amb

tot allò que tingui a veure amb el consum. Entre les nostres fites tenim implementar el codi de bones pràctiques, potenciar la mediació i l'arbitratge de consum com a via alternativa extrajudicial de resolució de conflictes sense recórrer a l'àmbit judicial, i també fer molta més difusió de les polítiques de consum i del que significa ser consumidor.

P: El darrer any es detecta algun canvi de tendència destacable, pel que fa a les denúncies presentades?

R: No es veu un canvi substancial pel que fa a les xifres. Cal tenir en compte que, en política de consum, quan hi ha un problema concret que afecta directament al consumidor, en aquell moment pugen molt les denúncies. El risc zero no existeix. El 2018 hem tingut, per exemple, la crisi de Vueling, de saturació dels aeroports, i això ha fet pujar les denúncies puntualment. Nosaltres sempre tenim en compte que això és habitual, preveiem que segurament al llarg de l'any hi haurà alguna crisi que ara no coneixem i que pot aparèixer i generar puntes.

P: Creu que els ciutadans som prou conscients dels nostres drets com a consumidors?

R: No ho som. Una de les coses que precisament he detectat en aquests mesos és que hi ha un gran desconeixement dels ciutadans dels seus drets, i el dret bàsic és el dret a estar informat. I això vol dir, per exemple, l'etiquetatge dels productes, perquè has de saber què compres, quins productes conté, etc. I també crec que hi ha un desconeixement de que existeix l'Agència Catalana de Consum com una institució del Govern de la Generalitat que, precisament, existeix per vetllar pel dret de tots els consumidors i per intervenir en el cas que alguna empresa no compleixi el Codi de Consum.

P: Quina és la funció, doncs, de l'Agència?

R: A l'Agència tenim tres potes importants: una, vetllar per de-



Entrevista

fensar aquests drets; dos, difondre'ls i divulgar-los, donar-los a conèixer; i tres, en cas que no es compleixin, tenim la potestat sancionadora per intervenir i sancionar a qui no ha complert la normativa. I un dels nostres objectius estratègics és el de posicionar l'Agència on creiem que ha d'estar, informar als ciutadans, donar el missatge de consum responsable. Un consumidor té drets i deures, i hem de transmetre valors, com ho hem fet amb el reciclatge; hem de fer el mateix en política de consum. El missatge és: si consumeixes de forma responsable evitaràs mals majors en un futur. I, com deia, quan pertoca hem d'intervenir a través de la inspecció i la sanció. A l'Agència tenim tres potes importants: una, vetllar per defensar aquests drets; dos, difondre'ls i divulgar-los, donar-los a conèixer; i tres, en cas que no es compleixin, tenim la potestat sancionadora per intervenir i sancionar a qui no ha complert la normativa. I un dels nostres objectius estratègics és el de posicionar l'Agència on creiem que ha d'estar, informar als ciutadans, donar el missatge de consum responsable. Un consumidor té drets i deures, i hem de transmetre valors, com ho hem fet amb el reciclatge; hem de fer el mateix en política de consum. El missatge és: si consumeixes de forma responsable evitaràs mals majors en un futur. I, com deia, quan pertoca hem d'intervenir a través de la inspecció i la sanció.



P: Per potenciar aquesta part d'informació i divulgació, compteu amb l'Escola de Consum de Catalunya. Quin són els seus principals objectius?

R: L'Escola té com a objectiu educar els nostres nens i nenes des de l'educació bàsica, a les escoles, que entrin en aquesta cultura del consum, i ensenyar-los a consumir davant les noves tendències que hi ha. Estem a l'era digital, tenen mòbil a partir dels 8 anys i, per tant, estan consumint audiovisuals d'una altra manera i els hem d'ensenyar els riscos i a fer-los anar d'una manera responsable. També volem ensenyar-los a consumir amb criteri per evitar el tema dels trastorns alimentaris, del que recentment hem aprovat un decret llei. La moda, l'estètica està condicionant molt als nostres joves i això comporta sovint un mal ús a les xarxes. La prova de que el Codi de Consum és viu és que el Parlament ha aprovat el decret llei que modifica el Codi en el sentit de que podem intervenir sancionant aquelles pàgines web o suports digitals que fan apologia de l'anorèxia o la bulímia. Ara se'ns permetrà sancionar amb un màxim de 5000 euros aquestes pàgines. No podem tancar-les, perquè això és molt més complicat, però sí sancionar a les empreses que les penen i no les retiren, o fins i tot als intermediaris. Aquest és un pas molt important per un futur que vindrà. També tractem temes de medi ambient,

de reciclatge... El principal és parlar-los de com consumir de manera responsable. I no ho fem només amb nois i noies, sinó també amb la gent gran, que són un col·lectiu vulnerable. No entren a les pàgines web i no estan degudament informats, de manera que en aquest cas fem xerrades als casals d'avis. Des de l'Escola de Consum no només ens volem quedar aquí, sinó que també volem impulsar-la com un referent en recerca i coneixement. Per tant, volem incidir no només en la difusió més bàsica, sinó començar a parlar de temes de consum fins i tot a les universitats. Per exemple, el Col·legi d'Advocats recentment ha creat una comissió de consum, que no en tenia, i els parlem de la mediació com a una eina que tenim els professionals del dret per resoldre litigis. Per tant, l'Escola té com a objectiu principal educar en matèria de consum, però fem un pas més i volem participar també en recerca i coneixement.

Notem un canvi a l'hora de consumir, veiem denúncies que fa deu anys eren inimaginables

P: Ha variat ostensiblement el comportament dels consumidors en els darrers anys?

R: Des de l'aprovació del Codi de Consum fins avui han passat 9 anys i moltes coses. La irrupció de les apps, noves maneres de prestació de serveis, un mercat que marca noves polítiques en matèria de tendències i, per tant, noves maneres de consumir que et canvien les regles de joc. Tenim un Codi de Consum de 2010, però aquest no pot ser un codi rígid perquè la societat no és rígida, i el Codi s'ha d'adaptar a la societat: si hi ha un problema d'habitatge, per exemple, i surten les clàusules terra, ens hem d'adaptar. Ara tenim un problema seriós amb l'habitatge de segona mà, o de lloguer o de compra, i això tard o d'hora s'haurà de regular. La manera de comprar, online, també està canviant les regles del joc. I abans, per exemple, una persona de 50 anys era una persona gran, quan avui dia està consumint serveis i comprant d'una manera que ni ens imaginàvem.



Les noves tendències també són un dels reptes que tenim; volem fer un estudi de les noves tendències de consum per poder adaptar el Codi de Consum a aquestes. Hem de ser proactius i no reactius, tot i que es fa difícil de fer. Si més no, el dret és per regular la societat, i si la societat va en un sentit, no podem anar amb normes obsoletes. Nosaltres notem un canvi a l'hora de consumir, i veiem denúncies que fa deu anys eren inimaginables. Les falsificacions, les estafes, la publicitat enganyosa ... són importants. Vivim en un món molt més global i menys local i, per tant, les pàgines web no estan a Catalunya, per exemple. I tot això afegit al dia a dia, els temes de sempre, com els serveis bàsics.

Tot allò en què convergim el Codi Civil amb el Codi de Consum són aspectes en què podem col·laborar amb els notaris

P: Què en destacaria del Codi de Consum de Catalunya, aprovat l'any 2010?

R: En destacaria tres coses: primer, és el que dona sentit a tot el que estem dient, perquè és una política pública i, per tant, afecta tots els ciutadans de Catalunya. Calia que el consum fos regulat perquè és un dret, i qualsevol dret ha d'estar regulat i preservat; el Codi respon a això. Segon, tenint en compte això, al Codi de Consum hi ha la regulació de tècniques jurídiques que abans no estaven regulades. Es milloren aquests tècniques, perquè el Codi unifica i simplifica per tal que els professionals, després, les puguin desenvolupar. A més, el Codi ajuda a actualitzar la normativa, perquè la nostra normativa no només està vinculada a les lleis catalanes sinó també a les lleis espanyoles i europees. Europa és molt conscient en aquests temes, hi ha moltes directives europees que regulen les polítiques de consum i que nosaltres hem d'acollir; per tant, és important l'actualització d'aquesta normativa i l'adaptació. I la tercera, el Codi de Consum es va plantejar com

un sistema d'enumeració dels articles a l'estil d'una codificació. Vull dir que el nostre Codi de Consum, la manera com s'ha codificat, és molt semblant a la del Codi civil català, tots dos seguint l'estil francès.

P: Quin paper hi van jugar, en la seva redacció, els notaris?

R: El Col·legi de Notaris de Catalunya hi va participar no directament, sinó indirectament en primera instància. Posteriorment en temes puntuals, com modificacions concretes del Codi de Consum que afecten, per exemple, temes hipotecaris, aquí sí que ha tingut una incidència molt important i vam col·laborar estretament. Un dels meus objectius és poder formalitzar aquestes col·laboracions amb els col·legis professionals, gremis, etc. a través de convenis de col·laboració, ja que determinats sectors ens poden ajudar a fer millor la nostra feina, o nosaltres també els podem ajudar a entendre o donar informació. Hi ha d'haver un feedback entre l'Agència i els notaris, per dir-nos "està passant això, alerta que podeu tenir aquest problema a les notaries" o al revés. Per exemple, amb les clàusules terra, fruit d'una crisi i d'una regulació del sector bancari que hi donava peu, ara ja tenim sentències europees que ens donen pistes, tot i que aquí encara hi ha algunes sentències condemnatòries. Per tant, estem esperant a veure què diu Europa en aquest sentit i, en funció de com es pronuncii, anirem per qui o per allà. Però en qualsevol cas, els notaris n'han d'estar al cas en temes de crèdits hipotecaris, de crèdits vinculats a l'habitatge i de noves maneres de consumir. Fa un temps van ser les clàusules terra, i la llei va obligar a tothom a posar-se les piles, però d'aquí mig any o un any pot aparèixer algun altre producte que requereixi de col·laboració. L'àmbit hipotecari i el de les assegurances són especialment complicats.

P: Abans comentava que un dels col·lectius més vulnerables són la gent gran. Porten a terme iniciatives específiques en aquest àmbit? Quins

possibles àmbits de col·laboració amb els notaris contempla?

R: La gent gran, com deia, són un àmbit vulnerable, com tot allò que fa referència a política de consum en salut i alimentació, als serveis bàsics i als joves. Aquestes són les polítiques de consum prioritàries. Amb els joves, gràcies a la implantació de les noves tecnologies, tenim més capacitat de comunicar-nos o d'informar-los, però amb la gent gran no. Amb ells utilitzem procediments molt més tradicionals, com xerrades, anar als casals d'avis, fer fulletons, jo mateixa participo a consultoris de ràdios, perquè la gent gran l'escolta i podem respondre de manera molt propera i fer advertiments – com, per exemple, en l'època de les revisions de gas, en què alertem dels falsos revisors-. Tenim detectats, pel que fa a la gent gran, períodes on hi ha una activitat de consum que requereix que estiguin especialment protegits. Allà on no arribem, tenim convenis de col·laboració amb Consells comarcals i diputacions, perquè hi arribin informant a totes les persones consumidores i, especialment, a la gent gran. Ens preocupa, en préstecs i assegurances, la lletra petita i el llenguatge, que és molt tècnic, no és senzill ni proper. I també hem de lluitar contra la publicitat enganyosa, que el que es diu i s'oferta, es compleixi. Perquè de vegades una publicitat determinada capta a un tipus de gent i després no compleix el que diu, o ho diu a la lletra petita. Per tant, en relació als possibles temes de col·laboració amb el Col·legi de Notaris, tots aquells punts en què convergim el Codi Civil amb el Codi de Consum són aspectes en què podem col·laborar.

P: Com valora el marc legislatiu, cada vegada més marcat per l'encaix en la legislació europea?

R: Tenim tres nivells, el català, l'espanyol i l'europeu, tot i tenir competències exclusives en matèria de consum per poder legislar; per això tenim una llei, --la creació de l'Agència també és fruit d'aquesta llei, i podem legislar fent decrets llei, com el que comentava aprovat recentment de modificació del Codi de Consum pel que fa referència a trastorns de conductes alimentàries. Per tant, aquesta és la nostra capacitat, però hem de tenir en



Entrevista



compte la legislació estatal i, sobretot, la normativa europea, que ens ve per directives. Quan hi ha un litigi en polítiques de consum acabem sempre a instàncies superiors, perquè les organitzacions de consumidors són molt actives ja que estem parlant de drets. Per tant, quan hi ha un litigi, sempre hem d'estar a l'expectativa de què resol Europa. Tenim l'exemple ben clar en el tema de les hipoteques, on va marcar un canvi de criteri. De vegades primer diuen una cosa i després en diuen una altra, però acabes a Europa i es farà el que es digui allà. Ja veurem què passa, per exemple, amb el tema de l'IRPH, en que aquí hi ha sentències contradictòries i estem a l'expectativa de la resolució. En l'àmbit de les nostres competències s'inclou la coordinació i col·laboració amb l'AECOSAN, l'Agència Espanyola de Consum, que en aquest cas depèn del Ministeri de Salut, i no d'Empresa. Això és fruit de que es va començar a parlar de consum amb el tema de l'oli de colza, i sempre que se'n parlava es vinculava a temes de salut i d'alimentació, com aquest o les vaques boges. Però aquesta és només una part del consum, perquè també tenim crèdits hipotecaris, habitatge, gas, aigua, telefonia mòbil, companyies aèries, falsificacions... Al final hi entra tot. I en un món molt canviant, molt actiu, en moviment, per molt que tu et vagis adaptant sempre apareixen noves maneres de produir i, per tant, de

consumir, o al revés, noves maneres de consumir que també creen noves maneres de produir. Qui hauria dit, fa quatre anys, que podries llogar motos amb una aplicació, per exemple? I estan tocant l'espai públic, i hi ha gent que diu "heu de pagar o no heu de pagar, per ocupar l'espai públic per donar aquest servei?" A la llarga, i ningú se n'escaparà, ve la digitalització de serveis. En deu anys no em puc imaginar la de coses que ara creiem inimaginables que requereixen la presència física i potser no serà així. Els serveis bàsics ja s'estan plantejant de gestionar-los d'una altra manera, ara ja es parla de la signatura digital a través d'email o whatsapp amb aplicacions, i això pot afectar als advocats, als notaris, als registradors... Són les noves tendències, i no pots posar portes al camp. Això és el que nosaltres comencem a percebre.

A la llarga, i ningú se n'escaparà, ve la digitalització de serveis.(...) Són les noves tendències, i no pots posar portes al camp

P: Fa uns mesos, des de la Junta Arbitral de Consum de Catalunya es va anunciar la voluntat de posar en marxa un Pla pel foment de la mediació i arbitratge de consum. Quin paper

tenen aquestes mètodes alternatius de resolució de conflictes en l'àmbit del consum?

R: Potenciar la mediació i l'arbitratge és un objectiu principal. És bàsic difondre i informar als consumidors, però també que sàpiguen que hi ha mesures alternatives per descongestionar la via judicial com aquestes. En consum la mediació és més fàcil perquè està implícita; l'arbitratge és voluntari, ha de ser el propi consumidor i la pròpia empresa les que ho demanin. És qüestió de parlar, d'informar al consumidor de que és una via alternativa, gratuïta i molt més ràpida, que és un dret que tenen, i que cal també que l'empresa s'adhereixi. Tenim bons resultats, ho estem fent bé, amb una presidenta de la Junta Arbitral de Consum que és catedràtica de dret civil i on tots els membres de la Junta formen part de la disciplina acadèmica i col·legial del món del dret. El que cal perquè la Junta pugui actuar més és que l'empresa s'hi adhereixi i accepti el laude arbitral com una solució al conflicte, com una sentència judicial, perquè no hi ha recurs possible. És aquí on hem d'incidir, en aquesta cultura de consum responsable. Per part de l'empresa, consum responsable també vol dir que, si ho fa bé, li donarà més valor utilitzar la Junta Arbitral per resoldre els seus litigis amb consumidors. Cal que vegin la mediació i l'arbitratge com una via alternativa per la resolució del conflicte, perquè moltes vegades estem parlant de sancions administratives, no de sancions penals, i per quantia sovint els surt més car tot el procediment judicial que el que s'està reclamant. Es tracta de confiar en una institució. A Europa aquesta cultura la tenen molt més incorporada que nosaltres. Aquí el que cal és que els que ja tenim aquesta cultura, la fem expansiva, fem taca d'oli. I per això hi ha l'Agència. A nivell de consumidors cal fer campanyes, però també hem de fer reunions amb associacions, fundacions, col·legis professionals, gremis i empreses i començar a treballar. Les noves empreses tenen molt assumit el codi de bones pràctiques, ja tenen aquesta cultura perquè el mercat és molt més exigent i els ho exigeix, aposten molt per la qualitat. De fet un codi de bones pràctiques no deixa de ser una ISO d'ètica i de valors.



P: També s'està tramitant el projecte de decret de modificació del Decret 98/2014, de 8 de juliol sobre el procediment de mediació en les relacions de consum. En quin punt ens trobem?

R: Ho tenim en marxa, però va lent. S'ha fet la proposta, després l'ha revisat l'assessoria jurídica i hi ha hagut un període d'al·legacions en què se n'han rebut diverses. I, a més, cal tenir en compte que ha de ser una llei que després no entri en contradicció amb la normativa estatal o l'europea. També estem regulant la figura del mediador, igual que a Europa, i parlem de molt tipus de mediadors, entre ells el de consum, una persona que ajuda a resoldre un conflicte en una situació de tensió i amb la que es pot arribar a una bona solució per les dues parts sense crispar més l'ambient. Han de ser especialistes en consum i conèixer molt bé el Codi de Consum, que és molt ampli, perquè tant fem inspeccions en l'àmbit sanitari, com l'alimentari, el tecnològic, les hipoteques i crèdits vinculats, etc. Per això col·laborem amb altres departaments, facilitant-nos informació i consells.

La política de consum fa dues coses: regula l'activitat econòmica i, alhora, preveu les crisis

P: Quin paper juga el consum en la creació o detecció d'una crisi?

R: És un tema de valors, de consumir de manera responsable: si tu tens 10, no gastis 1000. Però vivim en un món amb Black Fridays, rebaixes, vendes per internet, ofertes... en un món molt consumista. La política de consum fa dues coses: regula l'activitat econòmica, i alhora preveu les crisis. Per exemple, nosaltres vam detectar una crisi amb Identel, mig anys abans, perquè fem inspeccions i hi podem incidir. No són crisis econòmiques, però afecten a moltes persones, aquesta a 300.000 només a Catalunya, i la majoria gent gran, més vulnerable, que tenien crèdits vinculats a entitats bancàries per pagar tractaments i els han de tornar. D'altra banda, tenim una societat que sovint no està jugant amb les regles del



joc, com a individus. Un fet pot generar una denúncia, però quan en poc temps sobre aquell tema n'hi ha moltes, alguna cosa està passant.

P: La gent habitualment denuncia?

R: Hi ha tres passes: la queixa, la reclamació i la denúncia. Aquí la gent es queixa poc, comença a reclamar més i hauria de denunciar més. En general, la gent no es queixa; hi ha fulls de reclamació per alguna cosa, però la gent els utilitza poc. I, de fet, fas un favor a l'esta-

bliment, perquè si fas una queixa l'altre rep l'ímput de que alguna cosa no li funciona, mentre que si no ho dius, l'altre va fent i després li arriba la reclamació. No tenim cultura de la queixa, com a França o a d'altres llocs, on no en passen ni una. Per tant, quan arribem a la denúncia, és que el tema és greu. Reclamacions se'n fan cada cop menys perquè és veritat que les empreses, sobretot les grans, ja tenen integrat a la seva estructura l'atenció al client, forma part de l'estratègia de la pròpia empresa, i la reclamació en primera instància l'has de fer a l'empresa, abans de venir a Consum. La denúncia és im-



Entrevista



portant perquè ja no és una cosa només individual, si no que pot afectar a tota la societat. La gestió d'una crisi la detectem precisament per les denúncies.

P: Quin futur preveu en els propers anys en l'àmbit del consum?

R: Ara mateix es percep que no hi ha la crisi de 2007-2008, on vam tenir molts problemes hipotecaris, però sí que tenim una crisi tecnològica. La crisi

de 2007, originada als Estats Units, ja no pot tornar a passar perquè hem après la lliçó, espero, tant allà com a Europa. Ara, si ve una crisi, segurament no vindrà per aquí. En cas de ser financera ho serà d'una altra manera, perquè això ja està regulat i penalitzat. Diuen que a Europa potser torna a venir una bombolla en el tema de l'habitatge, però jo crec que en tot cas no serà per l'habitatge entès com abans, sinó pel tema del lloguer. I per la nova prestació de serveis. Qui et podia

dir, fa un temps, que a través d'una app es llogués un sofà d'una casa per passar una nit? Tard o d'hora des de Consum començarem a veure denúncies d'enganys en temes que ara intuïm però no visualitzem. Crec que si hi ha una crisi vindrà més pel tema tecnològic, per l'adaptació d'allò tradicional al segle XXI, pel pas de l'analògic al digital. Les nostres institucions són molt tradicionals, i quan fem reunions amb consultors de tendències això és el que perceben que succeirà en tots els sectors.

Si hi ha una crisi vindrà pel tema tecnològic, per l'adaptació d'allò tradicional al segle XXI, pel pas de l'analògic al digital

P: I ja per acabar, vostè ve de l'àmbit de la Justícia. Com la veu actualment?

R: He estat diputada i senadora a la comissió de justícia, i crec que la justícia passa per un mal moment, s'ha polititzat. Jo hi crec fermament, per això vaig estudiar Dret. Altra cosa és com s'ha gestionat la justícia en aquest país. La meua esperança és que en un futur torni a ocupar el seu lloc, i que recuperi el prestigi. Em sap molt greu que avui dia, si fas un rànquing, ha passat d'estar valorada, fa uns anys, entre les tres o quatre millors institucions, a estar sota terra. M'agradaria que els ciutadans tornessin a creure en el poder judicial, perquè és molt necessari, és el que ens garanteix els drets i les llibertats.

El nou dret francès de les obligacions

Rémy Cabrillac

Catedràtic

Facultat de Dret i de Ciències Polítiques de Montpellier (França)

En el Codi civil francès hi ha parts modernes i parts antigues, és a dir, encara les originals de 1804. El Dret de les persones i de la família va ser reformat durant la segona meitat del segle xx, amb les lleis adoptades sota la influència del degà Jean Carbonnier⁽¹⁾. Aquestes reformes han permès una “revolució tranquil·la del nostre Dret civil contemporani”⁽²⁾. Però els textos relatius al Dret de les obligacions no havien estat reformatos des de 1804.

La celebració del bicentenari del Codi civil francès, el 2004, a França i arreu del món, va ser una oportunitat per observar-ne l'èxit i la perennitat, però també per posar al descobert les seves llacunes⁽³⁾. Ara bé, la realitat econòmica i social ha canviat des de principis del segle xix. Textos concebuts a l'època de les diligències, per a una societat essencialment rural com era França el 1804, no eren ajustats en el nostre món d'avui, l'època d'Internet i de la mundialització.

La jurisprudència ha pretès adaptar els textos, però li ha estat difícil perquè els tribunals a França han de respectar la Llei. Hi ha una paraula famosa de Montesquieu que diu que “el jutge és només la boca que pronuncia les paraules de la Llei”⁽⁴⁾. Vol dir que el jutge no té un poder sense límits per interpretar la llei. Així, l'envelliment del Dret francès dels contractes suposava un dany per al nostre Dret al nivell internacional des de dos punts de vista.

En primer lloc, en les relacions europees. En efecte, per a l'elaboració d'un projecte de Codi europeu dels contractes, el Codi civil francès podria semblar un model massa vell, sobretot davant altres països europeus que han reformat el seu Dret dels contractes, com els Països Baixos el 1992, Alemanya el 2001 o Romania el 2011.

En les deliberacions per elaborar un codi dels contractes comú a tots els països europeus, proposar un model de més de dos-cents anys no semblava una bona solució.

L'envelliment del Dret francès dels contractes era també una rèmora en l'àmbit internacional.

Des d'un segon punt de vista. Al món, la influència del Codi civil francès s'estava reduint. Països vinculats amb la cultura francesa dubtaven d'inspirar-se en un model amb més de dos segles d'antiguitat.

L'èxit del nou Codi civil del Quebec de 1994 en els països francòfons constitueix un bon testimoni d'aquest risc del declivi del Codi civil francès. Per exemple, a Romania, el Codi civil de 1865 era la simple traducció del Codi Napoleó. El nou Codi civil de 2011, quan es refereix al Dret dels contractes, s'ha inspirat en el Codi civil del Quebec i en els *Principis de dret europeu dels contractes*, *Principis “Lando”*⁽⁵⁾.

Per aquest motiu el 2003 es va crear un grup de treball sota els auspicis de l'Associació Capitant, dirigit pel professor Pierre Catala. Aquest grup integrava aproximadament vint especialistes del Dret dels contractes, universitaris o magistrats del Tribunal de Cassació. Aquest projecte tractava de tot el Dret de les obligacions, contractes, responsabilitat i règim general de les obligacions⁽⁶⁾. Cada grup de redactors va reformat un capítol del Dret de les obligacions en el nostre codi. Pierre Catala i el degà Gérard Cornu⁽⁷⁾ van dur a terme una harmonització final.

Aquest avantprojecte es va presentar al Ministeri de Justícia, i, també, va ser estudiat pels diferents actors de la vida econòmica i, al seu torn, va ser traduït a sis llengües (entre aquestes, el castellà⁽⁸⁾). La part “Dret de la prescripció” d'aquest projecte ha influït en la reforma de la prescripció realitzada per una Llei de 17 de juny de 2008.

La voluntat dels redactors d'aquest projecte no va ser revolucionar el nostre Dret de les obligacions, sinó renovar-lo. Pel que fa a la resta, els textos del projecte s'inspiraven en les solucions de la jurisprudència. Es van conservar l'estructura del Codi civil, el seu estil i la seva numeració. Les reformes del Dret s'han d'harmonitzar amb altres parts del codi. També s'ha mantingut l'esperit del codi, una voluntat de compromís quan les

FITXA TÈCNICA



Resum: La reforma recent del Dret de contractes francès ha permès adaptar-lo tant a les noves necessitats econòmiques, mitjançant l'organització de la negociació precontractual i l'afavoriment de la flexibilitat contractual, com a les noves necessitats socials, amb la protecció del contractant més feble i l'admissió de la teoria de la imprevisió.

Paraules clau: Dret contractual/ Dret francès /Negociació contractual / Bona fe/ Incompliment del contracte/ Clàusules abusives/ Equilibri econòmic del contracte.

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. i

solucions són controvertides; una voluntat d'elaborar textos no gaire generals, no gaire particulars. Però en el projecte que podem anomenar “el projecte Catala”, hi havia també solucions molt modernes, inspirades en solucions d'altres països o en solucions de projectes europeus.

Personalment, penso que aquest projecte tenia un equilibri perfecte entre fidelitat a la tradició jurídica francesa i modernitat.

Més endavant es va elaborar un altre projecte, sota la direcció d'un altre professor de la facultat de Dret de París, François Terré. Aquest projecte tractava també tot el Dret de les obligacions⁽⁹⁾, contractes, responsabilitat i règim general de les obligacions. La filosofia d'aquest projecte era diferent de la filosofia del projecte Catala. El de François Terré volia acostar el Dret francès als projectes europeus, especialment al projecte Lando. Per exemple, el projecte Terré volia abandonar la noció de *causa*.

Davant aquests dos projectes acadèmics, el Ministeri de Justícia va elaborar el seu propi projecte de reforma, limitat al Dret dels contractes i al règim de les obligacions. La primera versió s'acostava als textos del projecte Terré⁽¹⁰⁾. El Govern va decidir que la part “Contractes i règim de les obligacions” de la reforma del Dret de les obligacions no s'havia de discutir al Parlament perquè es podien modificar els textos i desnaturalitzar l'esperit del projecte. Només la part “Responsabilitat extracontractual” ha de ser discutida i votada al Parlament.

És una concepció curiosa de la democràcia que va ser criticada. Alguns autors i el Senat han manifestat opinions contràries a aquest procés legislatiu. Però és possible en la nostra Constitució: el Govern pot ser habilitat pel Parlament per adoptar normes que pertanyen a l'àmbit de la llei. Aquestes normes que són híbrides no s'anomenen “lleis”, no s'anomenen “decrets”, s'anomenen “ordenances” (art. 38 Constit.).

La Llei d'habilitació va ser adoptada el 16 de febrer de 2015 i l'Ordenança núm. 2016-131 de reforma del Dret dels contractes i del règim i de la prova de les obligacions va ser adoptada el 10 de febrer del 2016⁽¹¹⁾. Està vigent essencialment des del 1er d'octubre de 2016 (art. 9 de l'Ordenança: s'aplica a tots els contractes compromesos després del 1er d'octubre de 2016).

Una Llei del 20 d'abril de 2018 ha ratificat l'Ordenança, fent-hi només modificacions de detall.

Són dos els trets característics que sorgeixen de la reforma: permet adaptar el Dret dels contractes tant a les noves necessitats econòmiques (I) com a les noves necessitats socials (II).

I) El nou Dret dels contractes està més adaptat a les necessitats econòmiques

Aquesta adaptació a les noves necessitats econòmiques ha consistit principalment a organitzar la negociació contractual (A) i a afavorir la flexibilitat contractual (B).

A) Organitzar la negociació contractual

El Codi civil de 1804 estava dominat per l'esquema de la formació immediata del contracte.

La trobada de l'oferta i de l'acceptació es donava en un moment instantani. Aquesta concepció s'adaptava als petits contractes de la vida quotidiana, però no permetia traduir jurídicament la formació dels contractes importants, fruit de negociacions que duren molt de temps, com en l'àmbit de la banca, de la construcció d'immobles o de l'assegurança, per exemple.

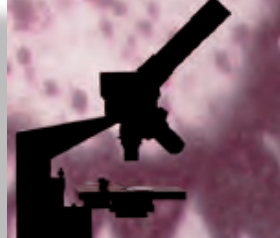
El Codi civil no deia res sobre les negociacions precontractuals⁽¹²⁾. La reforma recolza en la jurisprudència i també els projectes Catala i Terré per recollir en la Llei el règim de les negociacions precontractuals. Aquestes negociacions es poden traduir en un precontracte o no.

En primer lloc, la conclusió d'un contracte pot anar precedida d'un precontracte. El Codi civil no deia res d'aquests precontractes, el règim va ser proposat per la doctrina, la pràctica i la jurisprudència. Aquests precontractes es defineixen ara al Codi civil.

La promesa unilateral de contracte és el contracte pel qual una part, el promitent, promet a un altre subjecte, el beneficiari, per un període de temps indeterminat, una opció per signar un contracte els elements essencials del qual estan determinats (art. 1124). Aquest article tracta també de la retractació del promitent durant el temps atorgat al beneficiari: no impedeix la formació del contracte promès. Finalment, el text diu que el contracte signat amb un tercer incomplint la promesa unilateral és nul si el tercer coneixia l'existència de la promesa.

L'article anterior (art. 1123) parla del pacte de preferència. Es defineix com un contracte en el qual una part ofereix al beneficiari comprometre-s'hi prioritàriament en el cas que es decideixi a signar un contracte. L'article diu que, quan un contracte s'ha celebrat amb un tercer de mala fe incomplint el pacte, el beneficiari pot demanar la nul·litat d'aquest contracte o la substitució al tercer.

En segon lloc, hi pot haver negociacions precontractuals sense la conclusió d'un precontracte.



És important elaborar un règim d'aquestes relacions que garanteix llibertat i justícia. L'article 1112 del Codi civil diu que la iniciativa, el desenvolupament i la ruptura de les negociacions són lliures, però han de satisfer les exigències de la bona fe.

El desenvolupament o la ruptura amb falta per una part obliga el seu autor a la reparació.

Aquest article confirma les solucions anteriors de la jurisprudència. Els tribunals havien decidit, per exemple, que, quan la ruptura de les negociacions es produeix abruptament o amb retard, l'autor de la ruptura pot ser condemnat a indemnitzar a l'altra part de les negociacions.

La naturalesa d'aquesta responsabilitat és extracontractual en el nostre Dret. És diferent, per exemple, del Dret alemany que parla de *culpa in contrahendo*. Sota la influència d'Ihering, el Dret alemany considera que les negociacions creen un precontracte i que, quan una part trenca les negociacions, la seva responsabilitat és contractual⁽¹³⁾.

La nova solució sembla que adapta el Dret dels contractes a les noves realitats econòmiques, trobant un bon equilibri entre llibertat i justícia. Per exemple, en el Dret anglès, el principi és la llibertat contractual total; així, cada part de les negociacions pot trencar aquestes negociacions, quan i com vol, sense indemnitzar a l'altra part. La solució anglesa sembla interessant des d'un punt de vista econòmic, perquè permet que cada part triï el millor contracte per a un mateix, però no és satisfactòria des d'un punt de vista de la justícia contractual⁽¹⁴⁾.

Organitzant la negociació contractual, el nou Dret dels contractes també afavoreix la flexibilitat contractual.

B) Afavorir la flexibilitat contractual

El contracte, sobretot en les relacions mercantils, pot estar limitat per una reglamentació excessiva, que porta a les parts a no concloure una relació contractual; és, doncs, el fre al desenvolupament de l'activitat econòmica. La reforma tendeix a portar més flexibilitat al contracte, com ho demostren dos exemples.

El primer exemple és la qüestió de la determinació del preu en els contractes marc del Dret de la distribució⁽¹⁵⁾. En el Dret

de la distribució, les relacions contractuals sovint s'organitzen amb la celebració d'un contracte marc, que fixa el marc general dels vincles entre les parts. Aquest contracte marc es completa després amb contractes d'aplicació o d'execució. Per exemple, en les relacions entre una companyia petrolera i un venedor de gasolina, un contracte marc estipula que aquest venedor ha de comprar exclusivament el petroli de la companyia a un preu fixat en cada venda. L'avantatge d'aquesta estipulació és poder variar el preu de la gasolina quan hi ha evolucions del preu del petroli. L'inconvenient és que el venedor de gasolina depèn totalment de la voluntat unilateral de la companyia, que pot fixar el preu que vol, perquè el venedor està vinculat a la companyia per una clàusula d'exclusivitat.

Per aquest motiu, la jurisprudència va decidir el 1971 que el contracte marc és nul si no té un preu determinat o determinable per elements independents de la voluntat de les parts⁽¹⁶⁾. Aquesta solució va ser criticada perquè perjudicava la celebració de contractes que s'executen durant alguns anys i també pertorbava les relacions de distribució. La jurisprudència va abandonar aquesta solució el 1995: no cal que el preu estigui determinat en el contracte marc. Es pot fixar en cada contracte de compravenda. Però l'abús en la fixació del preu pot permetre la resolució del contracte o la indemnització de l'altra part⁽¹⁷⁾.

La reforma adopta una solució pròxima. Diu (art. 1164) que en els contractes marc i en els contractes d'execució successiva, els contractants poden acordar que el preu de la prestació es fixi unilateralment per una banda i és a càrrec seu justificar el seu import en el cas d'oposició. El text afegeix que, en el cas d'abús, el jutge pot revisar el preu, fixant un nou preu tenint en compte els usos, el preu del mercat o el que les parts esperen.

Aquesta solució sembla bona, perquè permet la conclusió de contractes a llarg termini i la creació de xarxes de distribució. Permet també la protecció d'un contractant més feble des d'un punt de vista econòmic, en el meu exemple, el venedor de gasolina davant una companyia petrolera.

Hi ha altres exemples de la voluntat de la reforma d'afavorir la flexibilitat contractual en les sancions d'incompliment del contracte⁽¹⁸⁾.



Quan una part no executa les seves obligacions, una altra pot demanar la resolució del contracte. Si no hi ha una clàusula de resolució en el contracte, tradicionalment és el jutge qui pronuncia la resolució. És el que deia l'article 1184 del Codi civil de 1804.

Però aquesta solució no semblava prou bona. No semblava equitativa per al creditor imposar-li acudir al jutge abans de poder resoldre el contracte. Li impedeix celebrar un altre contracte immediatament. Tampoc no era gaire bo per al deutor perquè no li permet limitar el perjudici i, en relació amb el perjudici, l'import dels danys i perjudicis que deurà al creditor. D'altra banda, no es podia permetre al creditor resoldre el contracte sense protecció del deutor, com ara fa el Dret anglès. Per aquest motiu la reforma adopta una solució de compromís influïda per la jurisprudència.

L'article 1226 diu que el creditor pot, a compte i risc seu, resoldre el contracte per notificació. Prèviament, ha de constituir en mora al deutor o concedir-li que l'executi en un termini raonable. Si l'incompliment persisteix, el creditor ha de notificar al deutor la resolució del contracte i les raons que l'expliquen. El deutor pot, en tot moment, acudir al jutge per impugnar la resolució. El creditor ha de provar la gravetat de la manca d'execució.

Aquest text permet resoldre el contracte, després d'una mora. El creditor es pot comprometre contractualment amb una altra part, sense perdre temps. El text deixa un termini al deutor per a l'execució per



evitar que sigui privat immediatament del contracte. És només després de la resolució que hi ha una possibilitat d'impugnar aquesta resolució per al deutor.

El nou text del Codi civil sobre la resolució unilateral del contracte en el cas d'incompliment dona més flexibilitat a les relacions contractuals. Però permet també adaptar el nostre Dret a les noves necessitats socials, com altres textos del Codi civil.

II) El nou Dret dels contractes s'adapta més a les necessitats socials

L'adaptació a les noves necessitats socials es manifesta per la protecció de la part més feble (A) i la consagració de la teoria de la imprevisió (B).

A) Protecció de la part més feble

L'esperit del Codi civil semblava que encara estava dominat pels principis filosòfics i econòmics dels seus redactors de 1804, liberalisme econòmic i conservadorisme social. No semblaven adaptats a les realitats de la societat actual.

Així, el nostre dret no pot quedar tancat en la necessitat de més justícia social. Alguns autors han observat des de la fi del segle XIX que la llibertat i la igualtat que inspiren la teoria general dels contractes eren teòriques. Quan hi ha una diferència de poder econòmic entre les parts, qui té més poder és qui

pot imposar el contracte que vol l'altre. Com deia Lacordaire, un autor francès del segle XIX, "Entre el fort i el feble, és la llibertat que esclavitzava i la llei que deslliura". Així s'ha desenvolupat el solidarisme contractual davant el liberalisme. El solidarisme contractual, fundat per René Demogue en el segle XIX⁽¹⁹⁾, influeix les evolucions del nostre Dret en aquest principi del segle XXI⁽²⁰⁾.

Algunes solucions es van adoptar des de fa més de cinquanta anys pel Dret del consum per protegir el consumidor contra el professional, pel Dret laboral per protegir l'assalariat contra l'empresari. En Dret de les obligacions, la jurisprudència havia permès evolucions, utilitzant alguns estàndards com equitat, abús o bona fe. Però el fràgil equilibri de les fonts del Dret no dona prou poder al jutge. La reforma introdueix més justícia contractual en els textos, com podem veure-ho en algunes aplicacions.

Per exemple, al Codi civil de 1804 hi havia només un article, en el capítol dedicat als efectes del contracte, que deia que "les convencions han de ser executades de bona fe" (art. 1134 ap. 3 ant.).

Avui, el principi de la bona fe es concep com a principi general dels contractes, al costat de la llibertat contractual o de la força obligatòria. L'article 1104 diu: "Els contractes es negocien, es formen i s'executen de bona fe". El lloc d'aquest text, en el capítol primer, "Disposicions preliminars", mostra d'una manera clara que aquest text és un principi general. Després de la reforma tota la vida del

contracte, del seu naixement a la seva mort, ha de respectar la bona fe.

Un altre exemple, el Codi civil, inspirat pel Dret del consum, proposa una definició general de la clàusula abusiva, que es pot aplicar més enllà de les relacions entre consumidor i professional. L'article 1171 diu que, en els contractes d'adhesió, la clàusula que creï un desequilibri considerable en els drets i les obligacions de les parts pot ser suprimida a petició de la part víctima d'aquest desequilibri. Per exemple, en un contracte de consum, la clàusula per la qual el professional limita o exclou la seva responsabilitat en el cas de vici del producte és considerada abusiva. Es pot pensar que ara aquesta clàusula que exclou o limita la responsabilitat es podria considerar abusiva en tots els contractes d'adhesió, no solament en els contractes de consum.

Una altra il·lustració d'aquesta voluntat de protegir el contractant més feble, la violència considerada com un vici que afecta el consentiment, no és solament la violència física o moral com en el Codi de 1804⁽²¹⁾.

En la reforma, un contractant també pot demanar la nul·litat d'un contracte per violència quan s'ha compromès en un estat de dependència respecte d'una altra part, si l'altra part explota aquesta situació de debilitat per a un compromís que la primera no hauria conclòs sense l'estat de dependència (art. 1143). És la consagració de l'abús de vulnerabilitat, que es pot utilitzar en la situació de violència econòmica, com ara entre una petita empresa i una de més gran. Però el text de l'Ordenança va més enllà de les relacions econòmiques. Permet sancionar la conclusió d'un contracte compromès amb abús d'autoritat, com ara el contracte en el qual una secta obté la donació dels béns d'una persona.

La darrera il·lustració de la voluntat de l'Ordenança de protegir el contractant més feble es troba en les normes d'interpretació del contracte.

El principi general és que el jutge ha de buscar la voluntat dels contractants (art. 1188). Però en un contracte d'adhesió, en el qual el contingut del contracte està determinat unilateralment per una part, les estipulacions s'interpreten contra aquesta part (art. 1190).



Una altra adaptació del Dret a les noves realitats socials es pot trobar en l'admissió de la teoria de la imprevisió.

B) Admissió de la teoria de la imprevisió

El contracte s'imposa a les parts. L'antic article 1134 ha esdevingut l'article 1103 que diu "Els contractes celebrats legalment tenen força de llei per als qui els celebren". Els contractants han d'executar el contracte com s'ha conclòs. És el principi de força obligatòria dels contractes que s'inspira en la teoria de l'autonomia de la voluntat. Aquest principi no comporta dificultats en un període d'estabilitat econòmica, com la de França el 1804. Però pot comportar males conseqüències en una societat mundialitzada, sotmesa a vaivens econòmics. D'una manera concreta, es planteja la pregunta següent, saber si el jutge pot modificar el contracte en el cas que un canvi de circumstàncies econòmiques capgiri l'equilibri de les prestacions cercat inicialment per les parts.

En el Codi civil de 1804 no hi havia cap article que respongués especialment a aquesta pregunta. El Tribunal de Cassació no volia permetre al jutge la revisió del contracte⁽²²⁾. Sota el fonament jurídic de la seguretat de les relacions jurídiques, el Tribunal de Cassació tenia por que la revisió cridés la revisió. El contractant que veia el seu deute augmentat després de la revisió podria pretendre una revisió en benefici propi en els contractes en els quals era creditor. A més, hem vist que en la tradició francesa hi ha una desconfiança respecte al jutge. El Tribunal de Cassació no volia que el jutge intervingués en l'equilibri del contracte. El contracte és cosa de les parts, no del jutge. El Dret francès també considerava tradicionalment que el jutge no tenia les competències econòmiques per restablir l'equilibri de les prestacions.

Aquest rigor semblava criticable quan es multiplicaven els contractes a llarg termini i que les circumstàncies econòmiques eren cada cop més inestables. També era criticable perquè la majoria dels països europeus i dels països del món permeten avui al jutge restablir l'equilibri d'un contracte capgirat per les circumstàncies econòmiques.

Per posar remei a aquests inconvenients, les parts poden estipular una clàusula

de negociació, de *hardship*, freqüent en els contractes mercantils internacionals. Aquesta clàusula obliga les parts a negociar de nou les prestacions en el cas d'alteració de les circumstàncies⁽²³⁾ econòmiques que produeixi un desequilibri en el contracte. Però això no es pot aplicar sense estipulacions de les parts.

Per posar remei a aquestes dificultats, el Tribunal de Cassació va proposar recentment que l'obligació d'executar el contracte de bona fe implicava l'obligació de negociar de nou un contracte desequilibrat per una modificació de les circumstàncies, però la doctrina estava dividida en la interpretació d'aquesta decisió.

La reforma posa fi a la tradició jurídica francesa i l'article 1195 permet al jutge la revisió del contracte desequilibrat.

El text exposa en primer lloc les dues condicions en les quals s'aplica.

La primera és un canvi de circumstàncies imprevísible en el moment de la signatura del contracte. Les paraules em semblen bones. Limitar l'aplicació del text només al canvi de circumstàncies econòmiques és una mica reductor. A més, el canvi de circumstàncies no ha d'existir en el moment de la signatura del contracte, si no és un problema de formació de contracte, en particular un vici que pateix el consentiment o un problema de lesió. Finalment, aquest canvi de circumstàncies no ha de ser previsible, altrament les parts l'haurien d'integrar en el moment de la signatura del contracte.

La segona condició exigeix que aquest canvi de circumstàncies faci l'execució "excessivament onerosa". Aquest criteri que es troba en nombrosos textos als països del món que reconeixen la imprevisió sembla un bon compromís entre l'execució que és simplement més difícil o més onerosa, que el deutor no pot evitar sense amenaçar la seguretat de les relacions jurídiques, i l'execució impossible que ha de ser apreciada amb el concepte de força major.

Si es compleixen aquestes dues condicions, la part víctima del desequilibri pot demanar negociar de nou al seu contractant. Sembla una bona solució donar als contractants el poder per adaptar el contracte en un primer moment. El text diu que durant les negociacions la part que les ha demanades ha de continuar

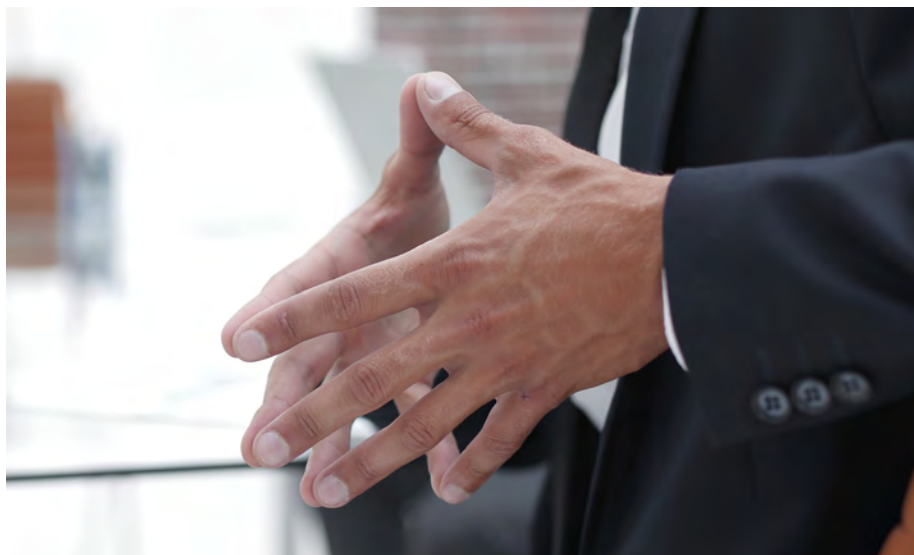


l'execució de les seves obligacions. El text no diu res més sobre el desenvolupament d'aquestes negociacions. Penso que s'aplica el principi general d'execució de bona fe. Si una part negocia sense voluntat de signar un nou contracte, es podria considerar de mala fe i ser condemnada a indemnitzar a l'altra.

En el cas de repulsa o de fracàs de la nova negociació, les parts poden demanar de comú acord al jutge que adapti el contracte. Em sembla important perquè permet al jutge restablir l'equilibri del contracte. Però cal observar que limita aquesta possibilitat perquè el jutge ha de ser requerit per les dues parts. A la pràctica, és clar que difícilment la part que es beneficia del desequilibri voldrà demanar una adaptació del contracte al jutge, una adaptació contrària als seus interessos.

Per això, en el cas de manca d'acord de les parts, una de les parts pot demanar al jutge la resolució del contracte o la seva adaptació. És una novetat molt important en el nostre Dret. Sobre aquest poder d'adaptació concedit al jutge, es pot lamentar que no estigui marcat per un estendard. Aquest estendard podria ser objectiu, com ara l'equitat o el raonable. Podria ser també subjectiu com les esperances legítimes de les parts.

En conclusió, es pot observar que l'Ordenança és un text modern que integra diverses influències estrangeres, sobretot influències dels projectes europeus.



Permet adaptar el nostre Dret dels contractes a les realitats econòmiques i socials del segle XXI.

Un projecte de reforma de la responsabilitat extracontractual, la segona versió del qual es va publicar el 13 de març de 2017, que podria permetre modernitzar aquesta altra part del Dret de les obligacions que data de 1804, harmonitzant-la amb el Dret dels contractes i el Dret del règim de les obligacions⁽²⁴⁾.

NOTES

- (1) Cf. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2a ed., 1995.
- (2) G. CORNU, *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, 13s ed., 2007, n. 301.

- (3) B. FAUVARQUE-COSSON i 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, Romania, 2014.
- (6) Personalment, em vaig encarregar d'elaborar la part "Objecte dels contractes", amb el meu col·lega i amic 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* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009); *Pour une réforme du droit de la responsabilité* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011); *Pour une réforme du régime général des obligations* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013).

- (10) El text del projecte es pot trobar al lloc web del Ministeri de Justícia francès: www.justice.gouv.fr
- (11) Aquest article està dedicat només al Dret dels contractes, no al règim o la prova de les obligacions.
- (12) Cf. per exemple, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET i M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15 ed, 2017, n. 120.
- (13) R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2a ed., 2016, n. 58 (traduït en castellà sota la direcció de S. Picasso i publicat per La ley, Buenos Aires, *Derecho europeo de los contratos*, 2016, n. 58).
- (14) *Ibid.*, n. 56.
- (15) Cf. per exemple, R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 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. per exemple, Ph. MALAURIE, L. AYNES i Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Lextenso, 10 ed., 2018, n. 884.
- (19) R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1931.
- (20) Cf. per exemple, F. TERRE, Ph. SIMLER i Y. LEQUETTE, F. Chenédé, *Les obligations*, Dalloz, 12 ed., 2018, n. 51.
- (21) Cf. per exemple, B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 8 ed., 2018, n. 116.
- (22) Civ., 6 de març de 1876, D. 1876.1.193, nota GIBOULOT.
- (23) Civ., 1, 16 de març de 2004, D. 2004.1754, nota D. MAZEAUD ; JCP 2004.I.173, nota J. GHESTIN.
- (24) Cf. en aquest sentit, G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité », D. 2016.1378.

Anàlisi sintètica sobre política. Política aranzelària notarial, imparcialitat i lleis de mercat

Ramón Bernabé Panós
Notari de Terrassa

ÍNDEX

I. Introducció

II. La professió notarial i la seva retribució aranzelària en països del Notariat llatí esmentats per la sentència de 24 de maig de 2011 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

III. Funció i caràcter del notariat espanyol

- a) La funció notarial
- b) El seu caràcter
- c) El control de legalitat
- d) La condició de funcionari públic.
- e) La predictibilitat jurisdiccional

IV. La imparcialitat

- a) Requisit essencial de la funció
- b) La imparcialitat en el sistema d'elecció de Notari

V. Naturalesa jurídica i fiscalitat de l'aranzel notaria

- a) Naturalesa jurídica
- b) La seva incompatibilitat amb la liberalització aranzelària
- c) Fiscalitat aranzelària i activitat econòmica

Conclusió

VI. Aranzel notarial, lleis de mercat i competència regulada d'oferta

- 1. Aranzel i lleis de mercat



- a) Introducció
- b) Competència i eficàcia
- c) La relació cost-benefici en la pràctica de la funció notarial
- d) Valor funcional
- e) Competència i lliure elecció de Notari
- f) La seva relació amb les lleis de mercat

- 2. La visió de la fe pública com a competència regulada d'oferta
 - a) La seva justificació com a servei públic
 - b) La competència d'oferta com a

activitat no empresarial
Conclusió

VII. La incoherència aranzelària i els seus efectes

- a) La incoherència funcional
- b) La dubtosa qüestió de la seva constitucionalitat
- c) Possibles efectes distorsionadors derivats de l'aplicació d'un aranzel de màxims

Conclusions finals

Bibliografia

I. INTRODUCCIÓ

L'article 9, apartat 3, de la Constitució espanyola inclou la "seguretat jurídica" entre els principis jurídics fonamentals que ordenen l'Estat de Dret, com a exigència que permeti predir genèricament una aplicació correcta del Dret en el desenvolupament de les relacions jurídiques ressaltant el concepte de justícia i que en l'àmbit privat promou preceptivament, com a garantia de certesa, mitjançant la reserva de determinats efectes legals a les que s'han generat amb la intervenció de funcionaris públics, en els quals s'ha delegat la fe pública extra-registral i als quals per aquesta condició i de conformitat amb l'art. 103, apartat 3, de la Constitució, legalment se'ls exigeix que sigui prestada amb "garanties per a la imparcialitat en l'exercici de les seves funcions".

La certesa que atorga la fe pública, com a efecte que li és consubstancial, requereix una imparcialitat absoluta en el seu exercici per ser reconeguda per l'ordenament jurídic com a presumpta veritat oficial sobre determinats actes o fets, fet que li atribueix la condició de requisit essencial de l'activitat notarial.

Aquest valor de la imparcialitat que s'integra en una funció oberta a tota la societat per la seva naturalesa pública, tot i que s'exerceixi de forma autònoma i independent, reclama per a la seva prestació l'establiment d'un sistema retributiu fix i transparent regulat per l'Estat mitjançant un aranzel de caràcter obligatori.

No obstant això, per l'RDL 6/1999, de 16 d'abril, de mesures urgents de liberalització i increment de la competència, art. 2, es va establir el caràcter de màxim als aranzels dels antics corredors de comerç col·legiats, integrats en el Cos únic de Notaris, en virtut de la DA 24a de la Llei 55/1999, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, en vigor des de l'1 d'octubre de 2000. Per aquella norma es regia la retribució aranzelària per la intervenció de pòlisses mercantils, d'acord amb l'Aranzel de l'anterior règim del Cos de Corredors de Comerç ja extingit, vigent des del 15.12.1950. D'altra banda, i per RDL 6/2000, de 24 de juny, de mesures urgents de intensificació de la competència de preus i serveis, es va liberalitzar parcialment l'aranzel notarial en autoritzar l'aplicació de descomptes fins a un màxim del 10% i es va declarar-ne lliure l'aplicació en el tram d'operacions la quantia de les quals superi els sis milions d'euros.

Tot això com a fórmula d'estímul de la competència entre Notaris pel preu.

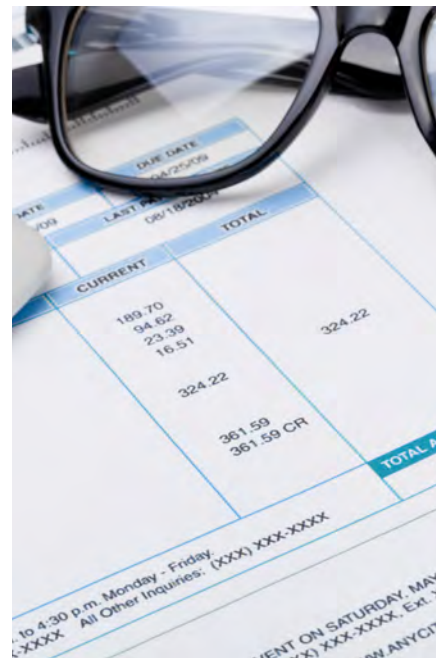
El problema que es planteja no deriva només de la manca d'unicitat en el sistema aranzelari que actualment es refereix a un cos únic de fedataris públics en funció del caràcter que els atribueixi la seva regulació corresponent, sinó de projectar una política liberalitzadora basada en la competència comercial i no de mèrits, incoherent amb l'exigència d'imparcialitat i d'independència en l'exercici de la funció notarial.

Per Consell de Ministres de 25 de febrer de 2005 es va acordar la creació d'un nou aranzel únic subjecte a les normes establertes en la DA 3a de la Llei de taxes i preus públics, d'acord amb els criteris de transparència i proporcionalitat amb el servei prestat i responen a principis de proporcionalitat, de calculabilitat, de transparència i de verificació i que, avui dia, està pendent del seu desenvolupament definitiu.

Mitjançant aquesta anàlisi i des d'una perspectiva de pràctica notarial i la seva relació amb les lleis de mercat, es pretén fer una valoració de l'abast de l'impacte que pot tenir aquesta política de descomptes voluntaris en la professió notarial i, especialment, de l'aranzel de màxims específic aplicable a la intervenció de pòlisses.

II. LA PROFESSIÓ NOTARIAL I LA SEVA RETRIBUCIÓ ARANZELÀRIA EN PAÏSOS DEL NOTARIAT LLATÍ ESMENTATS PER LA SENTÈNCIA DE 24 DE MAIG DE 2011 DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

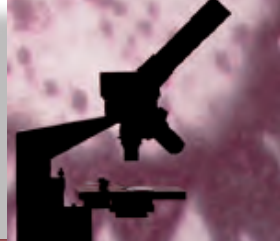
En la sentència de 24 de maig de 2011 dictada per la Gran Sala del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre l'abast de l'activitat notarial en l'exercici del poder públic en relació amb l'art. 45.1 de la CE, per declarar sobre la seva inclusió o no en "l'àmbit negatiu d'aplicació" de la llibertat d'establiment en els països de la Unió Europea de la professió de Notari, l'Advocat General, malgrat reconèixer que es tracta d'una activitat que participa en l'exercici del poder públic, acaba afirmant en les seves conclusions que no ho fa de forma directa com passa en la jurisdiccional i, en no ser aplicable el principi de proporcionalitat perquè aquest article no respon a criteris de ponderació en l'apreciació dels supòsits que preveu, conclou la no-admissió de la discriminació per la nacionalitat dels que



vulguin accedir a l'exercici de l'activitat, com en el seu moment havia establert l'art. 10 de la LN espanyola. La sentència recull finalment aquesta conclusió en entendre que les activitats notariales no estan relacionades amb l'exercici del poder públic en el sentit de l'art. 45.1er CE: l'exercici directe de les potestats públiques.

No obstant això, en les motivacions de fons que aporta l'Advocat General, fa una sèrie d'afirmacions derivades de l'estudi exhaustiu de la professió notarial en l'àmbit del Notariat llatí, entre les quals s'hauria de destacar en primer lloc les que realitza, com a criteri determinant per a la qualificació d'un acte com derivat del poder públic, partint de la naturalesa de la seva relació amb l'Ordenament de l'Estat, és a dir, que resulti expressiva d'una participació en l'exercici del poder públic, no per la seva mera conformitat amb aquest ordre, sinó per la seva incorporació com actes de l'ordenament, pels quals, sobre la base de l'autenticació com a element inseparable del conjunt de l'activitat notarial, considera que aquesta participa directament i específicament en l'exercici del poder públic.

Al llarg de la seva anàlisi, adverteix que, amb aquesta intervenció pública, la notarial, en els actes dels particulars, el poder públic els dota de seguretat i de certesa, pacificant d'aquesta manera el tràfic jurídic i que aquesta funció pacificadora anticipada típica de l'activitat notarial d'autenticació



ha donat lloc a la seva qualificació de “justícia preventiva”.

I en l'àmbit de l'estatut notarial, qualifica el Notari com un funcionari públic, que representa l'Estat, subjecte a règim disciplinari, sense que en cap cas la seva activitat suposi l'exercici directe de potestats públiques.

Respecte de la conclusió que els Notaris dels Estats demandats exerceixen la seva professió en condicions de competència, les Sentències es remeten al punt 18 de les conclusions de l'Advocat General, que estableix que “els Notaris no competeixen per la seva clientela mitjançant una política de preus, sinó de qualitat de servei”, conclusió que es basa en l'estudi de l'activitat notarial dels Estats membres denunciats i el seu marc normatiu respectiu (belga, luxemburguès, austríac, alemany i grec), en els quals la regulació dels honoraris notariais no tenen caràcter comercial i estan fixats per llei, però el client té un marge ampli de llibertat d'elecció de Notari.

Per tant, els Notaris no competeixen a través d'una política de preus, com es podria deduir a partir d'una lectura superficial de la conclusió del Tribunal, sinó que estan subjectes a competència només per raó de la seva eficàcia, no per motius comercials. La competència se centra exclusivament en la qualitat del servei com a únic element determinant de l'elecció del client.

El fet de l'elecció pel client confirma que el Notari no exerceix un poder públic directament, sinó que actua de forma independent de l'estructura de l'administració estatal amb un estatus de funcionari públic dotat d'autoritat, l'activitat del qual en perseguir finalitats d'interès general, com ara “garantir la legalitat i la seguretat jurídica dels actes celebrats entre particulars”, justifica les “restriccions derivades de les particularitats que caracteritzen l'activitat notarial” com les referents a la remuneració, la independència, la incompatibilitat o la immobilitat.

També cal prestar atenció a la simple afirmació que els Notaris francesos perceben “una part dels honoraris que queden fixats per llei”, la qual s'ha d'entendre en el sentit que l'aranzel notarial francès per la prestació dels seus serveis, regulat per Decret, estableix en el seu art. 4 que “els notaris són remunerats pels serveis prestats en l'exercici de les activitats no previstes en el Títol II del mateix Decret i compatibles amb la funció notarial, amb els honoraris fixats de comú acord amb les parts”, i aquesta llibertat d'honoraris no es refereix a la funció pròpia del Notariat que sí que està regulada, sinó a altres activitats addicionals exercides en relació amb la notarial, però que no participen de la seva naturalesa, com ara la gestió documental i similars, en les quals els honoraris es pacten, establint expressament el caràcter doble de la seva regulació segons la naturalesa dels seus serveis, públics o no. No s'ha de confondre aquesta singularitat reguladora francesa amb la dis-

tinció normativa del sistema alemany entre els Notaris de plena dedicació, equivalents al Notariat espanyol, i els Notaris-advocats, en els quals concorren ambdues funcions, pública i privada, sobre el mateix Notari, de manera independent, vigent en determinats länders.

Una situació singular, que val la pena ressenyar, es produeix en el Notariat holandès a partir de la seva desregulació l'any 2000, que va trobar la seva justificació en la seva immobilitat i preus elevats, especialment considerada per les associacions de consumidors en un debat entre preu i eficàcia, i al final es va establir un caràcter liberal en l'exercici notarial per al seu establiment i tarifes aplicables, amb uns resultats diferents respecte dels que s'havien previst en la reforma soferta, en incórrer, entre altres, en una acumulació d'oficines en ciutats importants, publicitat extrema i costos superiors, tret de per als clients grans, amb un resultat final de menys qualitat en la prestació i més preu, reflex de la contradicció entre liberalització i servei públic que ha exigit la imposició d'un autocontrol exercit a través de l'associació notarial KNB.

...l'actual aranzel notarial reconeix formes de competència basades en el preu en autoritzar descomptes tant en l'aplicable per l'autorització d'escriptures públiques com en l'aplicable per la intervenció de pòlisses bancàries,...

Aquí s'ha de fer referència, en l'apartat d'arguments de l'Advocat General relatiu a l'activitat de participació en l'exercici del poder públic, a la citació de la sentència Reyners (21 juny 1974) que va declarar que no es pot admetre un pronunciament sobre la totalitat de la professió “quan, en el marc d'una professió independent, les activitats que eventualment estan relacionades amb l'exercici del poder públic constitueixin un element separable del conjunt de l'activitat professional de què es tracta”, avís evident de reformes posteriors de sistemes notariais que van posar de relleu la tendència de l'assessorament privat facturable.

En aquesta sentència també es ressalta, respecte de la noció de poder públic, la seva concepció d'“auctoritas” i no simple “imperium”, de naturalesa relativa susceptible

de graduació, en el qual el criteri determinant d'un acte com derivat del poder públic seria el de la naturalesa de la seva relació amb l'ordenament de l'Estat expressiva de la seva participació en l'exercici del poder públic, no de la seva mera conformitat. Si la jurisdicció es pot considerar com l'expressió de poder exercida per funcionaris de l'Estat, també ho són aquells que poden assolir aquesta condició sense jurisdicció. Per aquest motiu en l'àmbit notarial s'identifica amb poder públic la capacitat per imputar un acte, disposició o conducta a la voluntat de l'Estat "formalitzada a través de l'ordenament jurídic", que troba la seva expressió en la força probatòria i executiva dels actes notariaus autèntics, la qual es qualifica com "justícia preventiva" i a la professió notarial en general com a partícip "directa i específicament en l'exercici del poder públic".

Sobre la base dels arguments i conclusions exposats succintament en els quals es reconeix el caràcter de funcionari públic del Notari en qui s'ha delegat l'exercici de la fe pública, el requisit inherent d'imparcialitat, el meritament d'honoraris de conformitat amb un aranzel fix autoritzat per l'Estat amb un règim de competència circumscrit a la seva major eficàcia en la prestació del servei sol·licitat amb exclusió de la consideració del preu, es podrien deduir conclusions similars en l'establiment d'un règim de competència per l'eficàcia, amb exclusió expressa del preu, en l'exercici de la funció notarial a Espanya, com a resposta al mandat constitucional d'imparcialitat, com a norma d'ordre públic.

Ara bé, l'actual aranzel notarial reconeix formes de competència basades en el preu en autoritzar descomptes tant en l'aplicable per l'autorització d'escriptures públiques com en l'aplicable per la intervenció de pòlisses bancàries, al qual es va conferir per norma del Ministeri d'Economia, del qual depenia el Cos de Corredors de Comerç extingit el caràcter de màxim al·legant motius econòmics, una condició que li atorga una intensitat competitiva extrema en l'ordre comercial en permetre fins i tot la gratuïtat total pels serveis prestats sense incórrer en falta reglamentària, prevalent en ambdós casos el cost sobre la qualitat de servei com a estímul per a l'elecció del Notari.

Aquesta regulació de l'aranzel notarial espanyol es desvia significativament del criteri imperant en el Notariat llatí al qual ens hem referit que, sobre la base de la funció



autentificadora, com a expressió referida a l'exercici de la fe pública extrajudicial i la seva condició funcional, s'estableix un sistema de competència basat en l'eficàcia, amb exclusió de criteris comercials.

Entenc, doncs, que en primer lloc és necessari, i abans d'analitzar aquesta política aranzelària, provar d'establir el caràcter i la funció del Notariat espanyol per exposar, si n'hi ha, les diferències amb el Notariat llatí que permetin justificar una política aranzelària ambigua en la qual prevalgui la competència comercial relegant la que es basa en l'eficàcia professional.

III. FUNCIO I CARÀCTER DEL NOTARIAT ESPANYOL

a) La funció notarial

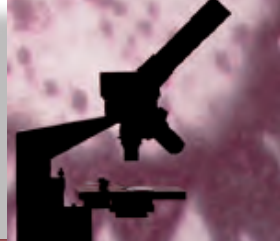
Davant la realitat d'una societat complexa, que sempre ha potenciat una pretensió de certesa ancestral, es fa necessari assegurar les relacions jurídiques que es generen en el seu si i amb la voluntat de reduir la sensació d'incertesa en el desenvolupament dels efectes legals que deriven d'aquestes, neix l'obligació estatal concreta d'organitzar sistemes idonis orientats a aquesta finalitat. L'art. 9 de la Constitució espanyola, reflectint aquesta responsabilitat social de l'Estat, afirma que "La Constitució garanteix... la seguretat jurídica...", establint un dels principis en els quals s'assenta l'Estat de dret, com una característica pròpia d'una evolució social evident, pel qual s'assumeix el deure de fomentar la seguretat jurídica lligant l'exigència de legalitat i eficàcia de les relacions jurídiques a la seva finalitat.

Aquesta seguretat es manifesta en la certesa de les relacions jurídiques privades que atorga la projecció de l'autoritat de l'Estat per la imposició de la fe pública sobre els documents que les regulen com a veritat del que s'ha declarat sota la seva empara davant de qui, per delegació de l'Estat, la posseeix, generant confiança a aquestes en reconèixer les lleis d'aquests efectes davant la societat en el decurs del temps, en el seu compliment i evolució futura. Aquesta fe pública constitueix la finalitat essencial de la funció notarial i a qui l'exerceix com a titular la seva condició de funcionari públic.

Com que és obligació de l'Estat assegurar les relacions jurídiques no contencioses que ordenen activitats privades, potencia el recurs a la fe pública extrajudicial atribuïnt per llei efectes privilegiats als documents públics atorgats sota la seva empara que els confereixen preeminència sobre els documents privats en dotar-los de força probatòria i executiva, sense que necessitin una declaració d'aquest caràcter per autoritat superior, autonomia i immanència que neix del mateix valor que incorpora el document autoritzat per Notari públic competent.

L'Estat converteix l'ús instrumental de la forma pública en un mitjà eficaç en l'increment de la seguretat jurídica en què el document públic protocol·litzat és garantia de la inviolabilitat i permanència dels fets i dels actes jurídics que incorpora.

L'actuació de l'Estat, desenvolupant funcionalment una exigència constitucional, constitueix un servei públic que, per la seva naturalesa, no és prestat directament per



l'Administració, sinó per un funcionari públic en qui ho delega per actuar de manera independent però reglamentada i sota la seva responsabilitat, responen a una exigència organitzativa de utilitat social que, històricament, n'ha fomentat la creació, amb l'obligació per imperatiu constitucional, atesa la seva condició de ser imparcial en la dació de fe com a acte unilateral que, com a públic, s'imposa en els seus efectes sobre els subjectes afectats. Aquesta *autoritas* delegada de l'Estat en el Notari justifica la seva funció limitant-ne simultàniament l'exercici regulat degudament.

El Notariat és la institució en la qual es personalitza la delegació de la fe pública extrajudicial com a manifestació d'un poder públic amb totes les seves facultats i efectes de conformitat amb l'ordenament jurídic, en què l'actuació notarial respon a una causa: prestar un servei públic a la societat en l'àmbit privat.

El vincle establert entre l'Administració i el Notariat no és subsidiari, sinó directe com a funcionari públic, i participa en el poder coactiu de l'Estat en la forma establerta per la delegació mitjançant la força probatòria i coactiva que les lleis reconeixen als documents que autoritza.

Aquesta delegació personal és el mitjà que preveu l'Estat d'integració en la societat d'aquest servei, que en el seu desenvolupament es concreta en l'existència d'oficines públiques properes al ciutadà servides per funcionaris que actuen sota la seva respon-

sabilitat i independència en l'exercici de la seva funció que s'empara en la seva integritat i diligència professional en respondre a una sola finalitat, el bé comú.

b) El seu caràcter

La seguretat jurídica intrínseca en l'ordenament jurídic, com a bé d'interès general conseqüent amb els principis que l'informen, requereix que en l'àmbit privat d'una regulació que es projecta en les relacions jurídiques establertes mitjançant un sistema tutelar, seguint el criteri kelsenian que el Dret privat relaciona subjectes equivalents amb un mateix valor jurídic, i en la qual es prevegi l'ús de mitjans pels quals se n'incrementi l'efectivitat, entre els quals s'inclou l'activitat notarial com un de fonamental en la demanda de garanties per una societat de lliure mercat en la qual els seus efectes són una manifestació evident de l'autoritat de l'Estat, actuant amb aquesta finalitat com a forma dinàmica en la consecució de més seguretat jurídica.

Aquesta fe pública extrajudicial queda definida pels principis d'immanència, independència, imparcialitat i preeminència, que en determinen la fiabilitat objectiva, sense que aquesta pugui patir una alteració o incórrer en ambigüitat sense alterar la seva essència, ja que això podria suposar la modificació de la incoherència intrínseca de la seva legitimitat, credibilitat i neutralitat.

La naturalesa pública de la fe extrajudicial implica la plena accessibilitat social com a instrument de seguretat jurídica de les relacions jurídiques establertes sota la seva empara, atesa la voluntat de compliment pels seus titulars i l'exigència correlativa a què se sotmeten; això no només per la inviolabilitat documental que transmet al seu contingut, *leges vigilantibus scriptae sunt*, cosa que li confereix confiança en el seu compliment efectiu, sinó en relació amb el caràcter coactiu que atorga als documents públics en conferir-los força executiva, fet que els porta a reclamar la intervenció notarial i en la qual es basa la racionalitat d'aquesta decisió en el titular de drets davant els subjectes obligats en defensa dels seus interessos, que l'Estat de dret té l'obligació de tutelar.

L'activitat notarial és, doncs, el nucli que enllaça l'interès general de l'Estat per incrementar la seguretat jurídica, convertida en un principi constitucional vinculant, en l'interès particular en assegurar les seves relacions jurídiques, ja que la mateixa autonomia de la voluntat no implica la manca de la potestat legislativa en la qual una reducció de la seguretat jurídica, que no és aliena a l'interès públic, incardinada en la fe pública, afectaria el mateix concepte d'ordre públic entès com un "conjunt de valors fonamentals i irrenunciables sobre els quals s'assen- ta el nostre ordenament jurídic"⁽¹⁾.

Aquesta correlació entre l'esfera privada i la pública s'estableix en el sistema del "civil law" a través del Notari, que resulta ser un instrument idoni per actuar en l'àmbit privat en l'exercici d'una funció pública, mitjançant la delegació d'una facultat per l'Estat per al seu exercici independent: la fe pública extrajudicial que li atribueix la seva condició.

Representa l'Estat en l'exercici d'aquesta funció i per això les lleis confereixen valor públic als documents que autoritza, per la qual cosa ha d'actuar en l'exercici d'aquesta delegació estatal de manera eficient per poder establir aquesta correlació d'interessos particulars. En general, la seva actuació s'emmarca en el límit de la seguretat jurídica, interès que marca el límit de les facultats atorgades, per la qual cosa han d'estar regulades degudament per l'Administració.

Però l'exercici de la funció notarial no s'ha d'interpretar com l'exercici directe d'un poder públic per part del funcionari que l'ostenta, sinó com un exercici indirecte de la

seva atribució que es realitza a través del document autoritzat. El Notari representa una fe pública que neix amb l'autorització d'una forma documental que la Llei reconeix fefaent, el document notarial, que en ser reconegut com a tal acredita el seu contingut basant-se en un principi d'integritat: el que no s'expressa no existeix amb un contingut fefaent, com ja va assenyalar el jurista Dumoulin "els documents públics es proven per si mateixos", i en el mateix sentit es pot sostenir que el Notari no és per ell mateix el posseïdor de la fe pública, sinó que aquesta li és atribuïda mitjançant l'autorització per ell mateix del document que la incorpora com inherent a la seva naturalesa. A l'Antic Egipte ja es documentaven per escrit totes les transaccions públiques i privades a través d'escribes autoritzats mitjançant els quals es materialitzava la paraula donada, i a les transaccions comercials s'afegia el següent escrit "conserveu la meua carta perquè en el futur us serveixi de document justificatiu" (Erman & Ranke, *La Civilisation Égyptienne*). El document públic que va néixer d'una funció reconeguda socialment és el que avui defineix la funció de qui l'autoritza, el Notari.

La mateixa impersonalitat de l'Estat és la causa de la seva delegació potestativa de la fe pública notarial, en relacionar-se directament el funcionari a qui s'atribueix amb l'usuari, no amb un administrat, en una relació no coactiva, sinó proactiva en un règim de competència regulada establert com a requisit d'independència i d'imparcialitat propi de l'exercici de les activitats públiques. El Notari no exerceix cap poder coactiu sobre la voluntat del subjecte en actuar en l'àmbit de la jurisdicció voluntària, sinó que és el mateix subjecte qui se sotmet voluntàriament als efectes coactius propis que deriven del document públic que subscriu, que és l'exercici de l'*autoritas* delegada de l'Estat imparcial i independent en tota l'actuació fedatària en relació amb els usuaris sobre els quals s'exerceix, ja que no en constitueix un exercici directe.

És doncs un exercici de poder públic regulat en quant als efectes que produeix i directe únicament en la caracterització com a públic del document en l'acte que imposa la fe pública. El mateix document és el que faculta l'interessat per exercir els seus drets i el qual s'ha sotmès voluntàriament i prèviament com a subjecte obligat. Després no es pot dir que el Notari exerceix una facultat coactiva que s'imposi de forma directa



sobre la voluntat dels subjectes, sinó que actua en l'atribució documental d'aquesta facultat.

La força executiva que la llei processal reconeix a aquests títols és simplement la de la facultat del seu exercici, com a requisit processal previ, no el seu efecte directe que només pot derivar del procés. La força executiva del document públic descansa en la voluntat de les parts d'atribuir aquest valor a l'acte que atorguen davant Notari públic, que dona certesa de les seves declaracions. El document públic representa la incorporació del que és substantiu, com a acció dinàmica, que necessita una forma per expressar-se i de forma autèntica i estàtica per prevaldre en el sistema jurídic. Aquesta és la seva funció.

Pel que s'ha exposat es pot sostenir que el Notari és una autoritat pública per delegació de l'Estat: la seva declaració de fe proporciona caràcter públic al document que autoritza i és l'autoritat de l'Estat la que n'imposa el reconeixement públic d'acord amb la legislació. La seva autorització és una autorització documental pública. Aquesta fe revestida d'autoritat, la fe pública, promou la seguretat per la certesa de les seves afirmacions reconegudes legalment com a certes processals, en ser reconeguda com a veritat oficial tret de prova en sentit contrari, que són inherents al mateix document públic.

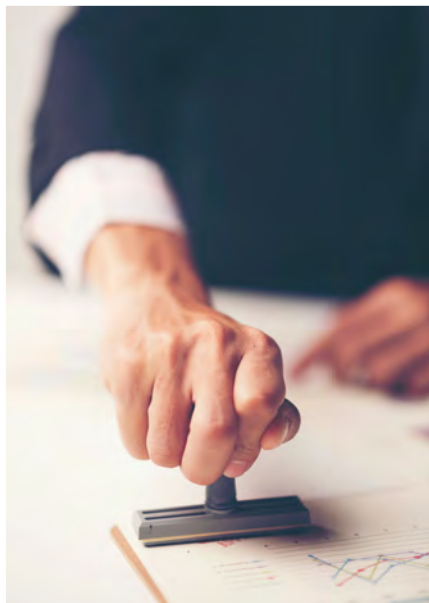
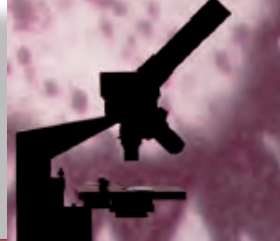
Aquesta activitat fedatària facilita de forma rellevant l'estratègia de l'Administració

en la consecució de la seguretat jurídica, en harmonitzar dos interessos socials, el públic i el privat mitjançant seu exercici responsable: ordena legalment i proporciona fe, creant títols públics i bases segures per al desenvolupament econòmic, promovent un dinamisme jurídic estimulador del món empresarial. En general, es pot afirmar que el Notari és apreciat pel seu entorn social en facilitar la permanència segura dels drets que neixen dels negocis jurídics atorgats sota la seva autorització, un cop adaptada la llibertat de voluntat contractual a aquesta finalitat.

Si una de les finalitats de la justícia, entesa com a fonament social recau en el principi ètic recollit pel jurisconsult romà Ulpiano, *suum cuique tribuere*, la funció notarial es percep socialment com un mitjà útil en la tutela jurídica pròpia d'un sistema garantista per aconseguir aquesta finalitat a través de la seguretat que proporciona, en contraposició amb la inquietant sensació general d'incertesa que se sol experimentar en la mera formació privada de relacions jurídiques, coadjuvant d'aquesta forma a assolir una pau social derivada de la realització normal i efectiva del Dret, justificació social de la seva existència.

c) El control de legalitat

El poder públic del document notarial neix d'una fe pública formal que expressa *erga omnes* la seva condició, emparada en una homogeneïtat regulada i legalment



atorgada, i aquesta fe constitueix l'essència de la funció notarial. Ara bé, aquesta autenticitat que neix de la fe pública no acaba en la forma com autenticitat documental l'efecte principal del qual sigui només probatori, sinó que l'actuació del Notari adequa el negoci jurídic que incorpora a la legalitat per a la seva validesa i eficàcia, presumpció de legalitat que confereix a l'autenticitat formal el seu veritable valor. Una autenticitat merament probatòria basada en la forma no seria transcendent si el contingut que empara resultés ineficax en la consolidació negocial dels drets i de les obligacions, i el seu accés als registres públics.

Per això, a la majoria dels països del Notariat llatí el control de legalitat adquireix carta de naturalesa en la funció notarial. La fe pública no és per si mateixa fàctica, sinó legal, cosa que permet assegurar l'eficàcia pretesa del títol, formal i substantiva. Si la forma defineix el caràcter públic del document notarial, el control de legalitat n'assegura l'eficàcia del contingut com a pressupòsit necessari a causa de la discrecionalitat regulatòria en l'establiment de les relacions jurídiques particulars com a principi jurídic, integrant el valor jurisdiccional al document que, com a títol públic, les lleis li reconeixen. El judici de valor notarial en el control de legalitat sempre incidirà en aquesta indeterminació en la seva aplicació concreta en el negoci jurídic, que finalment serà definit pel seu criteri subjectiu en l'àmbit de la discrecionalitat jurídica i moral.

És aquesta seguretat la que confereix al control de la legalitat l'essència de la prestació de fe pública: la realitat d'un contingut documental legalment eficaç basada en la seva certesa.

A més, és el mateix caràcter públic de la funció el que exigeix el control legal dels actes en els quals intervé. La manca de legalitat privaria la funció pública de la seva naturalesa en estar implícita en la pròpia activitat de l'Estat, per la qual cosa qui actua com a delegat no pot obviar-ne el control en l'exercici de les facultats atribuïdes, ja que la seva absència privaria d'efectes els documents així autoritzats ja que, atorgats sota l'autoritat de l'Estat, no poden anar en contra de la Llei. La definició de control de legalitat notarial sempre resultarà abstracte, ja que no se sustenta com a mera activitat professional i és reconeguda com a tal per la Llei.

El control de legalitat és, doncs, un deure de conformitat amb l'ordenament jurídic l'exercici responsable del qual queda definit pel requisit de constitucionalitat d'imparcialitat en la determinació afirmativa o negativa de l'adequació jurídica, cosa que faculta el Notari d'abstenir-se, si és el cas, en la prestació de la funció, i així es pot afirmar que la imparcialitat notarial s'inicia amb el control de legalitat.

A la pràctica el control de legalitat notarial evita la il·legitimitat jurídica mitjançant l'assessorament implícit en què se supedita l'actuació de les parts en les seves relacions jurídiques a la seva regulació formativa legal, al qual se suma el seu judici moral, que queda limitat en el principi d'autonomia de la voluntat, facilitant una adequació que impossibilita discrepàncies entre la voluntat real i la seva expressió jurídica.

d) La condició de funcionari públic

La dicotomia funcionari públic i professional del Dret que s'atribueix al Notari, que entenc que va ser un dels factors que va permetre esmenar la política econòmica modificativa de l'aranzel com a estímul de la competència, no concorda amb la seva naturalesa específica que, en la seva essència, respon a la de funcionari públic en el qual convergeixen característiques especials derivades de la seva funció, determinatives del seu caràcter. La visió d'una naturalesa dual impedeix coordinar el desenvolupament de la funció des de perspectives con-

tradictòries entre si: funció pública i actuació privada, distorsionant la percepció de la seves realitats diferents, en les quals al final tot descansa en la dualitat d'una funció pública, però exercida de forma independent, motiu pel qual en la Directiva d'activitats professionals de la Unió Europea (Directiva 2013/55/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 novembre 2013) es va excloure expressament el Notariat com a tal per la seva condició d'autoritat pública.

Tota activitat pública és necessàriament professional i manifestada de manera formal i, tot i que els requisits per exercir-la es puguin interpretar com una imposició restrictiva de les llibertats privades, es realitza com a contrapartida d'un increment de la seguretat social en general i jurídica en particular en un marc regulat específicament.

La funció notarial, en operar necessàriament en l'àmbit del dret privat, externalitza el seu assessorament legal com un acte implícit en l'expressió del seu judici de valor subjectiu que es concreta en la dació de la fe en l'exercici de la *potestas* delegada com a funcionari públic. Aquest concepte unidimensional de la naturalesa jurídica del Notariat, que com a subjecte de l'*auctoritas* de l'Estat, no assessora sinó que legalment ordena la voluntat dels interessats en la formalització del negoci jurídic que persegueixen i que en el desenvolupament de la seva funció adquireix coherència pública, motiva que la determinació de la retribució es produeixi per un aranzel de naturalesa inamovible, excloent expressament la competència pel preu que inclinaria la seva condició cap a una perspectiva d'interès privat, contrària al criteri que considera la naturalesa de la funció notarial unitària, sense possible distinció entre públic i privat, ja que el Notari sempre actua com a funcionari públic. Es podria dir que, en aquesta simultaneïtat, una condició necessàriament és pressupòsit de l'altra, ja que sense aquesta la funció es transmutaria en una altra de diferent.

La imprecisió que deriva d'una visió dual de la funció notarial s'origina perquè no representa de forma directa l'Estat en el seu

exercici professional, en actuar en l'àmbit del Dret privat conformant segons la Llei actes jurídics sota el seu assessorament legal, que constitueix per si mateix la condició prèvia de la seva actuació de dació de fe pública atribuïda per la seva condició funcional. El Notari, en ordenar interessos privats conforme a Dret, donar-los forma i conferir caràcter públic al document que els incorpora, no ho fa com un professional liberal, encara que ho faci sota la seva responsabilitat i d'una forma independent, sinó com un pressupòsit essencial i previ de la seva funció: donar fe de fets i negocis jurídics en els quals han de concórrer condicions de legalitat i eficàcia.

Tota activitat pública és necessàriament professional i manifestada de manera formal i, tot i que els requisits per exercir-la es puguin interpretar com una imposició restrictiva de les llibertats privades, es realitza com a contrapartida d'un increment de la seguretat social en general i jurídica en particular en un marc regulat específicament. No actua en defensa d'uns interessos particulars, ja que no representa cap part intervinent, sinó en la justificació formal i legal del negoci jurídic, en el qual la seva condició de jurista és requisit indispensable de la funció, per la qual cosa la declaració de fe es produeix sota el principi de legalitat, essència del compromís assumit en la delegació de la fe pública per l'Estat. La dualitat assessorament legal i fe pública és la unitat de la legalitat de la fe pública extrajudicial.

El Notari, en actuar en l'exercici d'una funció pública en l'àmbit privat ha d'adequar prèviament a la legalitat les relacions jurídiques per a l'autorització o intervenció d'instruments que, en aquest moment, adquireixen la condició de públic, procés representatiu d'una actuació unidimensional que és pública, no d'una dualitat inseparable, tal com estableix el concepte unitari de funcionari públic de l'art. 1 de la Llei del Notariat: "El Notari és el funcionari públic autoritzat per atorgar fe, d'acord amb les lleis, els contractes i els altres actes extrajudicials". No obstant això, aquest concepte es desenvolupa de forma complementària i aparentment contradictòria en l'art. 1, paràgraf 2, del Reglament Notarial, que afirma que "Els notaris són alhora funcionaris públics i professionals del Dret, i aquest doble caràcter correspon a l'organització del Notariat. Com a funcionaris exerceixen la fe pública notarial.. Com a professionals del Dret tenen la missió d'assessorar per a



l'assoliment de les finalitats lícites que es proposin assolir." Al meu parer, es descriu de forma independent el contingut i l'estructura d'una funció, però sense valor definidor per ell mateix.

En general, es pot sostenir que l'àrea de coneixement, com a requisit previ, té un caràcter objectiu respecte del mateix judici de valor que és subjectiu, en el qual se subsumeix l'aplicació, encara que sigui parcialment, que es defineix per la influència de l'element ètic-moral que el justifica, sense que es produeixi, en conseqüència, una contradicció entre coneixement objectiu i valors ètics moralment vinculants i adscrits al concepte de justícia, ja que el judici de valor, determinatiu en la seva aplicació com una decisió de subjectivitat reflexiva, és el fonament final en l'aplicació pràctica d'aquest coneixement al qual se sobreposa des d'aquesta subjectivitat. Es tracta de conceptes que es confirmen en la mateixa especialitat de la funció notarial. El primer, el coneixement, no és representatiu de l'exercici públic de la funció notarial com a potestas estatal, però sí que ho és el segon, el judici, en confirmar-se el seu exercici pel Notari sota la seva responsabilitat. El judici de valor va unit a la subjectivització del procés prestacional de la fe pública.

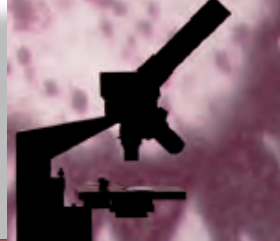
L'assessorament previ, que es fonamenta en una legalitat objectiva derivada d'aquest coneixement, implica un judici que aprecia una realitat determinada amb les normes que l'afecten, és a dir, l'aplicació de la norma, que facilita el judici de valor subjectiu

posterior sota un criteri d'imparcialitat que abasta ambdós aspectes, l'objectiu i el subjectiu, i que implicarà l'autoatribució d'un efecte determinat per qui l'emet, l'autorització notarial.

L'àrea de coneixement, que és instrumental, s'ha d'entendre que és complexa, però no per això preval fins al punt d'excloure el judici de valor com a actuació subjectiva, ja que en aquest supòsit operaria com una aplicació impositiva automatitzada.

El judici de valor, en la singularitat de la funció notarial, un cop indagada i ordenada la voluntat de les parts i la legalitat de l'acte, inspira la redacció del document i n'autoritza l'atorgament, constituint un sol tot en la mateixa actuació fedatària, i es pot afirmar que es produeix un monisme en la seva aplicació integral.

Però aquest ordre descriptiu correspon al mateix ordre funcional de l'actuació notarial, però no a la seva naturalesa que es troba regulada per un estatut funcional especial, en el qual aquesta activitat pública, comprensiva no només de drets especials, sinó també de deures singulars, que neixen de les mateixes facultats delegades l'exercici de les quals n'exigeix el compliment, actua de forma independent de la mateixa Administració, per la qual cosa la seva responsabilitat, que s'origina del deure que l'incumbeix en la prestació d'un servei públic d'acord amb les lleis, recau sobre el mateix Notari i no sobre l'Estat, tot i la seva condició de funcionari públic, englobant



aquests dos aspectes de la funció notarial: dació de fe previ control de legalitat, en la qual no és possible sense aquest, tret que se'n modifiqui el caràcter.

En aquest sentit, es podria argüir addicionalment que, en general, quan l'assessorament previ ordenant legalment voluntats lliures no conclou en l'autorització d'un document públic, no hi ha funció notarial en sentit estricte. De fet, si no hi ha instruments públics protocol·litzats o registrats no hi ha notaria pública, cosa que posa de manifest el concepte unitari de la funció notarial en el sentit que l'assessorament notarial només adquireix transcendència funcional quan té una finalitat pública, i és només responsable del que ha autoritzat a l'empara de la seva fe, malgrat que la tendència liberalitzadora de l'aranzel vigent en altres països del Notariat llatí tendeix, clarament, a la professionalització.

En síntesi, es pot afirmar que el Notariat ha de ser considerat com una unitat orgànica i funcional, en la qual l'assessorament queda integrat com un deure de diligència professional en l'àrea jurídica, element excoent d'altres facetes, malgrat que siguin exercides pel mateix titular d'una oficina pública. Però quan l'assessorament és particular en sentit estricte, sense que necessàriament tendeixi a reduir asimetries pròpies de la imperfecció del mercat, s'incorre en una clara dissociació de funcions en la qual l'actuació privada, aliena a la notarial, és prestada en ocasió d'aquesta. Això fa que ens trobem davant una activitat no obliga-

tòria que pot portar a terme qualsevol altre professional, per la qual es poden percebre "honoraris" extraaranzelaris d'import discrecional, d'acord amb el que s'ha pactat prèviament. Aquest preu lliure respon a una competència lliure, sense que aquest estigui subjecte a cap limitació aranzelària en ser una activitat independent de l'activitat pròpia de l'oficina pública, com també ho són les merament professionals que es desenvolupen amb el caràcter de complementàries, tot i que alienes a la funció notarial, per raó d'oportunitat mitjançant la utilització de mitjans tècnics posats a disposició del client i que no constitueixen actes previs ni necessaris, com l'assessorament imparcial de la seva legalitat, sinó conseqüents i complementaris dels contractes subjacents per assolir plens efectes legals, aprofitant sinèrgies organitzatives i per això no susceptibles de prestació, sinó basant-se en la mateixa activitat notarial.

A aquest concepte unitari de la naturalesa de la funció notarial correspon un criteri d'aranzel únic, com afirma la mateixa DA 3a de la Llei de taxes i preus públics (LTPP) en establir que l'aranzel queda adscrit a la "retribució professional" del Notari, i prohibeix l'aranzel vigent dels Notaris en la seva norma general d'aplicació 2a de l'Annex II que el Notari pugui "*percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice*" sens perjudici que la DGRN prevegi, com a actuació independent de la notarial, la retribució de consultes o dictàmens sobre assumptes de la professió, sempre que

no es trobin implícits en l'autorització d'instruments públics derivats del seu exercici, ressaltant la distinció de la funció pública de caràcter unitari de la merament privada.

El motiu que crec que podria induir a aquesta confusió segons una determinada percepció estereotipada des de l'exterior de l'aranzel públic com a preu derivat relacionant-lo amb una concepció dualista de la funció, podria venir del fet que l'aranzel és una remuneració directa entre Notari i usuari del servei públic, aliena a les hisendes públiques, que formalment és percebuda com un ingrés privat i no com una remuneració directa d'un servei públic, de caràcter coactiu en la seva percepció, motiu que justifica que per l'esmentada DA 3a, 3 LTPP, la seva aplicació estigui subjecta a una responsabilitat administrativa estricta en establir que "*los funcionarios que median-do 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 conformitat amb el rigor que demostra l'art. 4 d'aquesta Llei en establir 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*" i la que, paral·lelament i en el seu àmbit d'aplicació, el mateix Codi penal en l'article 437 sanciona: "*La autoridad o funcionario que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutos 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*", normes sancionadores que deriven de la relació directa establerta entre l'aranzel i la funció pública i no de la seva consideració com a ingressos remuneratoris d'activitats privades.

En aquest moment convé destacar la condició de funcionari públic del Notariat espanyol i la seva relació amb la naturalesa jurídica administrativa de l'aranzel notarial. En termes generals es pot afirmar que el Notariat llatí, en el qual es troba immers l'espanyol, es reconeix al Notari la condició de funcionari públic, professió a la qual s'accedeix per oposició pública, que orgànicament depèn de l'Administració Pública i que la seva retribució per aranzel respon al

sistema organitzatiu independent on presta la seva funció com a mitjà per satisfer els costos del seu exercici.

e) La predictibilitat jurisdiccional

Si bé la seguretat jurídica es predica com un objectiu inherent de l'Ordenament jurídic en trobar-se la seva normativa regulada per la pretensió de predictibilitat dels seus efectes promovent l'estabilitat social, la predictibilitat jurisdiccional constitueix un dels elements que adquirirà més força si es recolza en la certesa documental conferida per la fe pública, ja que la indeterminació efectiva de les normes jurídiques en la seva aplicació en quedar subjectes a la seva interpretació per decisions judicials independents que no garanteixen la seva racionalitat, atorga una funció coadjuvant a l'activitat notarial en la constitució formal de relacions jurídiques. No substitueix la discrecionalitat jurisdiccional, sinó que permet assegurar drets i obligacions, la validesa i eficàcia dels quals no es pot sotmetre a aquesta discrecionalitat en ajustar-se a Dret en un ordre de justícia formal.

Els subjectes de la relació jurídica confien en l'aparença de legalitat del contracte que la regula i, en conseqüència, en la seva eficàcia. Aquesta aparença objectiva de legalitat queda definida per l'actuació notarial en autoritzar el document formulant solucions jurídiques dins un marc legal que permeti la predictibilitat de la seva eficàcia per la seva adequació jurisdiccional basada en la coherència entre un criteri fonamentat en el Dret i la seva previsibilitat dins la lògica judicial.

La unió de la certesa objectiva innata al document i la mateixa predictibilitat jurisdiccional en el seu conjunt conformen la seguretat jurídica recognoscible socialment. Aquesta certesa és la que intensifica la predictibilitat i, d'aquesta manera, consolida la seguretat jurídica. Així ho reconeix la jurisprudència constitucional en afirmar que *"la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad..."* (entre altres, STC 238/2012, de 13 de desembre). La incertesa jurídica es podria considerar com la manca de certesa sobre el caràcter dels subjectes de dret i el contingut que els afecta com a tal en la relació jurídica pretesa, que serien establerts jurisdiccionalment *ex post*.

La voluntat negocial efectiva queda expressada formalment en el document públic, el contingut del qual en determina

l'abast, *"presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley"* (art. 17 bis, 2 b, LN), per la qual cosa en el cas de discrepància entre la voluntat i la seva expressió formal, el contingut documental definirà aquesta voluntat, incontrovertible en l'àmbit extrajudicial, el qual serà avaluat inicialment per l'òrgan jurisdiccional i resultarà determinant en la predictibilitat jurisdiccional com a garantia de seguretat jurídica de les relacions jurídiques establertes, creant-se una relació directa entre l'assessorament previ i l'eficàcia legal en l'actuació notarial ja que facilita la predicció dels seus efectes.

El sentit de les normes en la seva aplicació a actes concrets per assolir determinats efectes suggereix que el marc legal d'un negoci jurídic ha d'estar clarament definit perquè, en la seva execució, assumint-ne el contingut, es correspongui amb la previsió contractual, exigint una actuació notarial que, assentada en la legalitat, estableixi un ordre jurídic en el qual el que s'ha acordat formalment i els efectes derivats de la seva regulació legal permetin presumir aquesta concordança, de manera que, en el cas de conflicte, serà apreciada jurisdiccionalment.

Aquesta predictibilitat excedeix de la previsibilitat de les relacions jurídiques per la certesa preventiva del document públic com a títol dotat de garanties legals, un cop complets els requisits de regularitat formal i control de legalitat, que s'anteposa a l'activitat jurisdiccional posterior d'interpretació no previsible, en la qual la correlació primordial entre voluntat contractual i predictibilitat notarial es basa, com dèiem, en l'assessorament legal prestat des de la imparcialitat notarial que jurídicament ordena la voluntat contractual. D'aquesta manera, la predictibilitat jurisdiccional constitueix un element addicional de la seguretat jurídica que s'articula a través d'un instrument específic de certesa jurídica i d'eficàcia positiva: la fe pública delegada exercida mitjançant una legalitat imposada, ja que aquesta predictibilitat es basa en la força de l'ordre públic.



El sentit de les normes en la seva aplicació a actes concrets per assolir determinats efectes suggereix que el marc legal d'un negoci jurídic ha d'estar clarament definit perquè, en la seva execució, assumint-ne el contingut, es correspongui amb la previsió contractual, exigint una actuació notarial que, assentada en la legalitat, estableixi un ordre jurídic en el qual el que s'ha acordat formalment i els efectes derivats de la seva regulació legal permetin presumir aquesta concordança, de manera que, en el cas de conflicte, serà apreciada jurisdiccionalment. Aquesta predicció mai no equivaldrà a certesa plena en trobar-se supeditada a la disposició jurisdiccional en l'aplicació del dret positiu, encara que es pugui afirmar que intensifica la funcionalitat operativa en general. El principi inspirador de la seguretat jurídica preventiva sempre serà l'eficàcia i el seu principi determinatiu, la certesa.

L'estabilitat de les relacions jurídiques en el seu desenvolupament hauria de ser la conseqüència de la seva predictibilitat jurisdiccional. Per això, com a element de seguretat jurídica, s'integra en un ordre legal que, respectant el dret d'autonomia, justifica el control de legalitat com a requisit d'eficàcia successiva que adquireix el caràcter d'actuació tutelar a la qual tot ciutadà aspira per transcendir la incertesa normativa. En definitiva, el control de legalitat permet que les relacions jurídiques es construeixin amb garanties d'eficàcia en el seu *iter* negocial, productor de drets i d'obligacions, originant una interrelació entre predictibilitat jurisdiccional, mitjançant l'assessorament,



i l'eficàcia jurídica, reflectint la transcendència del sistema de lliure elecció de Notari, que es basa en la confiança i respon al compromís constitucional establert en l'art. 103.1 CE que estableix que "L'Administració Pública serveix amb objectivitat als interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, amb submissió plena a la Llei i al Dret."

La condició de funcionari públic del Notari, el compromís d'eficàcia i la naturalesa de la seva funció, determinen, com ja hem expressat al llarg d'aquesta exposició, l'exigència ineludible d'imparcialitat en la seva actuació, que simultàniament adquireix el valor d'exigència determinant de la forma de retribució. És necessari, doncs, analitzar breument el significat i el caràcter de l'exercici imparcial de la funció notarial.

IV. LA IMPARCIALITAT

La imparcialitat constitueix un element essencial de la funció notarial, que la defineix, i del mateix sistema de lliure elecció.

a) Requisit essencial de la funció

La imparcialitat neix del caràcter públic de la funció notarial i de la mateixa exigència constitucional en el desenvolupament del seu exercici que respon a la protecció d'un interès públic, la seguretat jurídica, en la qual s'incardina l'actuació notarial mitjançant la fe pública, essent el principi de justícia el que la imposa com a requisit

legal. La imparcialitat, obligació i essència, esdevé un requisit nuclear de l'actuació notarial que impregna les normes que la regulen i instaura un marc de confiança en el qual es desenvolupen les relacions jurídiques en les quals intervé. La imparcialitat i la independència structuren la identitat de la funció notarial.

L'exigibilitat del seu compliment s'imposa al funcionari públic com a garantia de defensa del bé comú sobre el particular, fet que implica que per part d'aquest, com que actua sota el seu judici, l'adopció d'una actitud definida per no lesionar l'interès jurídic. Aquesta obligació es projecta objectivament sobre la funció notarial, sense que en cap cas hagi de respondre a exigència expressa dels interessats, fent-se explícita la seva evidència en la independència de la seva actuació. La imparcialitat és objectiva en emparar-se en fets que n'avalen el compliment, i la seva percepció externa deriva d'una actitud específica inspirada en el principi aristotèlic que "el que és primer en qualsevol gènere, és causa de tots els que venen després". Si el primer en l'activitat notarial és la seva actuació imparcial basada objectivament en una pretensió de legalitat, qualsevol dubte que es pugui suscitar seria causa de dubte en la seva aplicació posterior.

La imparcialitat sotmet, doncs, com a requisit del seu exercici independent, l'actuació notarial a una actitud específica en la seva intervenció en l'establiment de relacions jurídiques, en assessorar en la formació de la voluntat dels subjectes, d'acord amb els interessos ordenats jurídicament i respectant el criteri de llibertat de conformitat amb el principi d'autonomia de la voluntat. Aquest assessorament legal permetrà assegurar un equilibri contractual com a requisit negocial que coadjuva en l'eficàcia constitutiva de les normes jurídiques el seu desenvolupament i la predictibilitat dels seus efectes.

Es podria considerar que la imparcialitat s'imposa com a requisit legal i el principi d'independència notarial com a condició del seu exercici. Aquesta independència no implica autonomia plena en trobar-se subjecta a la regulació legal i reglamentària.

En la pràctica, l'actuació imparcial del Notari *inter partes* és garantia de transparència en la formalització del negoci jurídic en el qual la contraposició d'interessos és objecte d'adequació respecte dels de cada part

en la consecució d'un equilibri ponderat de la relació jurídica establerta, a través d'un contracte just sota la condició de reciprocitat. La seva configuració legal pel Notari coadjuva aquests dos requisits funcionals: imparcialitat i legalitat, propis de l'actuació de l'Estat i dels qui el representen.

La imparcialitat neix d'asimetries concurrents en un negoci jurídic en què, en impulsar la legalitat s'empara el reequilibri de factors previs. Aquest doble vessant de l'actuació notarial sobre les parts i de les parts sobre el Notari en defensar les seves pretensions, se sotmet al desinterès del Notari en la primera i a la seva independència en la segona, en la qual incideix, entre altres factors, l'aranzel fix, evitant d'aquesta manera qualsevol influència directa o indirecta.

b) La imparcialitat en el sistema d'elecció de Notari

La imparcialitat exigeix un comportament conforme a Dret en el qual el principi de juridicitat de la funció pública, que es troba en la seva naturalesa, requereix el control responsable del seu exercici, adquirint deontològicament, amb l'assessorament legal, un sentit especial, atès que permet el reequilibri prestacional en la conformació legal dels negocis jurídics. En conseqüència, l'art. 43, Dos, 2, de la Llei 14/2000 per la qual s'estableix el règim disciplinari dels Notaris, considera com una infracció greu, en el seu apartat 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.*"

Correlativament es reconeix el dret del client d'acudir a qualsevol Notari amb plena llibertat, que s'empara en la creença, que sorgeix de la confiança, de la seva imparcialitat com a garantia de la seva llibertat civil. La seva limitació afectaria el concepte d'ordre públic.

Correlativament es reconeix el dret del client d'acudir a qualsevol Notari amb plena llibertat, que s'empara en la creença, que

sorgeix de la confiança, de la seva imparcialitat com a garantia de la seva llibertat civil. La seva limitació afectaria el concepte d'ordre públic. La imparcialitat és, doncs, un deure del Notari que ha de ser protegit en tutelar un interès públic, la seguretat jurídica, que es percep com una atribució natural de la funció i que es concreta en la mateixa exigència d'eficàcia. No és un concepte teòric, sinó d'evidència pràctica i que, conseqüent en la seva aplicació, implica responsabilitat.

Aquesta primacia de la imparcialitat ha de ser absoluta, com a manifestació pròpia de l'exercici de l'autoritat pública, sense que hi pugui haver interpretacions degradadores que la posposin a qualsevol altra finalitat, per la qual cosa qualsevol alteració o subordinació pot suposar el trencament d'aquesta autoritat. La imponderabilitat de la imparcialitat, com a garantia de la formació autònoma de la voluntat, no pot quedar subjecta a interpretacions restrictives que puguin suposar una reducció d'aquesta llibertat. No es pot parlar, doncs, de nivells d'imparcialitat: és imparcial o no.

De fet, ja hem vist com la Llei considera la manca d'imparcialitat, sense distingir condicionants, com una conducta sancionable no només per infracció legal, sinó per constituir una deficiència ètica davant el client en relacionar-la amb els seus deures d'assistència i assessorament. Conceptualment, la justícia, per ser justa, sempre ha de ser imparcial.

Quan s'afirma que la imparcialitat va lligada a la legalitat com a principi de justícia, s'estableixen les bases de la relació de lliure elecció de Notari pel client, ja que la lliure elecció pel client respon sempre a la previsió d'imparcialitat notarial com a garantia de la seva independència, ja que és aquesta imparcialitat la que facilita la llibertat real d'elecció. La lliure elecció del Notari rau en la seva eficàcia en respondre a un sistema d'independència en la prestació de la funció. La contraposició derivada de conceptes antagònics com a funcionari públic i lliure elecció, queda superada per la concurrència d'independència i aranzel fix, representativa de la mútua llibertat que s'origina d'una imparcialitat incompatible amb uns criteris de flexibilitat retributiva que la puguin afectar, ja que l'antinòmia competència i imparcialitat es resol a través de la imposició d'un aranzel fix que trasllada la competència a l'eficàcia



i consolida el compliment del deure d'imparcialitat.

Així doncs, la imparcialitat sempre s'ha de caracteritzar com un valor previ, garant d'una funció subjecta al bé comú en quedar adscrita a l'evolució futura de la justícia.

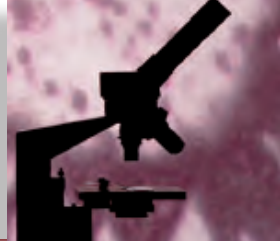
El caràcter essencial d'aquest requisit de la funció notarial, en el qual s'uneix l'assessorament neutre i l'interès general, no pot ser alterat per elements que, tenint per ells mateixos la condició d'externs, puguin representar limitacions al seu exercici imparcial, com podrien ser les derivades de situacions de competència comercial entre Notaris. Si el principi de llibertat ha de quedar compensat amb el d'igualtat en les relacions jurídiques, l'actuació imparcial del Notari promou el restabliment del seu equilibri davant la força que les lleis del mercat atorguen a operadors econòmics que s'emparen en criteris de liberalització i desregulació.

Així doncs, s'origina una contradicció entre imparcialitat i competència comercial que es manifesta en la implantació de trams de llibertat de preus en exercici de la facultat d'aplicar descomptes o l'atribució de la condició de màxim a l'aranzel aplicable a les pòlisses mercantils. Aquesta contradicció s'oposa a l'ordre normatiu subjecte a aquells principis bàsics perquè afecta, encara que sigui nominalment, el deure d'imparcialitat imposat constitucionalment als funcionaris públics. Per això, la imparcialitat,

sempre objectiva, només pot ser única davant la societat.

Si es considera el preu fix com una condició prèvia en el compliment de l'obligació d'imparcialitat, la variabilitat de la retribució d'una mateixa prestació motivada per la competència podria alterar-ne la immutabilitat. Adduir raons d'eficiència econòmica per crear una situació de competència d'acord amb els principis de lliure mercat entra en contradicció amb la lògica d'un sistema jurídic, en el qual es troba el fonament de l'actuació notarial, ja que altera la raó bàsica d'eficàcia funcional, l'interès general, imposant els interessos particulars que fan més subjectiva la prestació d'una funció pública mitjançant la negociació del preu.

En relacionar-se de forma natural el concepte de lliure elecció amb el de competència, la LN declara expressament com a dret fonamental dels usuaris la llibertat d'elecció de Notari, en referir-se a serveis prestats per aquells que, encara que tinguin reconeguda per l'art. 1 d'aquesta mateixa Llei la condició de funcionaris públics, l'exerceixen de forma independent i en els quals és precisament la imparcialitat de la seva actuació la que esdevé una garantia insubstituïble del fet que aquesta facultat manqui de qualsevol restricció sempre que actuï sota criteris d'igualtat dins una uniformitat en la retribució dels seus serveis, creant les condicions necessàries per basar la competència exclusivament en la seva eficàcia.



V. NATURALESA JURÍDICA I FISCALITAT DE L'ARANZEL NOTARIAL

Abans d'analitzar l'aranzel des d'una perspectiva econòmica tenint en compte la tendència liberalitzadora de la seva regulació per adaptar-lo a criteris de mercat, s'hauria de provar d'establir quines són les característiques que el defineixen basant-se en les consideracions anteriors mantingudes sobre la naturalesa i la condició de la funció notarial.

a) Naturalesa jurídica

Abans de res convindria afirmar que l'aranzel remunera un servei determinat de caràcter públic prestat per un funcionari competent de forma independent. És la concurrència d'ambdues circumstàncies, servei públic d'interès social i independència funcional, la que justifica la seva imposició legal i que "... las percepciones fijadas en arancel aprobado legalmente (que) se cobren directamente por el funcionario ...", de conformitat amb la descripció que proporciona la D.A. 3a de la LTPP, en l'epígraf d'aranzels de funcionaris públics, en no percebre aquest funcionari la seva retribució a càrrec dels Pressupostos de l'Estat, sinó directament de l'usuari, manté la integritat conceptual de la seva independència.

La mateixa D.A. 3a, en l'apartat 2, en regular els límits que defineixen la finalitat de l'aranzel, ("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 l'aranzel a l'exercici d'una funció pública mitjançant una afectació que reafirma la independència de la seva prestació i la seva neutralitat social, ja que, d'una banda, s'imposa específicament a qui el sol·licita i es beneficia del servei i, d'altra banda, a més, en limita l'abast únicament per cobrir els costos de funcionament, sens perjudici de valorar una utilitat pública específica en la seva aplicació a determinats actes de rellevància social especial en els quals no assoleix aquest nivell, i en qualsevol cas independentment de la capacitat econòmica dels usuaris. A més, no es pot obviar que qualsevol sistema de preus, com a mètode, suposa un control indirecte del mercat, fet que facilita, en relació amb la determinació aranzelària, polítiques socials més efectives.

En poder-se definir de forma resumida com un pagament d'un servei públic que, encara que sigui coactiu en la seva determinació, és efectuat directament per qui el sol·licita al funcionari que el presta sense constituir un ingrés directe de l'Estat, s'exclou del sistema tributari en qualificar-se com un pagament de naturalesa parafiscal que s'imposa tant al funcionari com a l'usuari, emancipant-lo del concepte de contraprestació econòmica pura per la qual es remunera un servei i, en conseqüència, del de competència, atesa la seva neutralitat en centrar el seu valor regulatori en el sistema de lliure elecció del Notari per raó d'eficàcia.

La seva percepció com a ingrés de naturalesa privada, en recaure sobre una activitat que es desenvolupa en l'àmbit privat, només evidencia la condició especial del funcionari públic que el percep, ja que l'aranzel queda afectat de forma explícita, tal com estableix l'apartat 7 del DD 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", situant-lo fora del sistema tributari com una exacció parafiscal que retribueix una funció pública i en justifica el caràcter tècnicament coactiu, inadaptable, en conseqüència, a les exigències d'un sistema de lliure mercat, per la qual cosa es remet la seva regulació legal al Govern. En aquesta regulació legal no es poden produir situacions de desigualtat material per als mateixos supòsits de fet ni modificar el règim d'equivalència de prestacions previst per l'Administració per raó de la seva finalitat pública, ni ignorar-ne l'afectació global al mateix sistema d'organització notarial.

D'una banda, aquesta especialitat parafiscal representa l'obligatorietat de la prestació en l'exercici d'una funció pública com a competència irrenunciable, a la qual no es pot oposar excepte en determinats supòsits (art. 2 LN) i, d'altra banda, la llibertat de sol·licitud del servei per l'usuari pel seu interès. Per aquest motiu, la determinació coactiva de l'aranzel es limita materialment per la voluntarietat de la seva submissió i la relació d'utilitat entre el servei rebut i el cost suportat que, en trobar-se regulada objectivament, separen l'aranzel de qualsevol consideració com una contraprestació de caràcter professional per serveis prestats, així com la d'un caràcter tributari eminentment coactiu la percepció del qual s'imposi directament a l'usuari, en no concórrer plenament, en aquest últim supòsit els requisits, excepte els de competència regulada i imprescriptibilitat, que permetin dotar-lo d'aquesta condició. L'aranzel respon a una decisió politicolegal d'equilibri entre utilitat social i costos necessaris de la prestació de la funció pública.

El principi de cobertura de despeses se separa clarament del d'equivalència, propi de les taxes, amb les quals a vegades se'l relaciona, que han de permetre cobrir els costos del servei, imputats directament a l'Administració Pública, i, quan ho permetin les seves característiques, atenen la capacitat econòmica de les persones que

les hagin de satisfer. En efecte l'Aranzel notarial respon a criteris variables estimatoris del cost global de funcionament de les ofícines públiques del Notariat en règim d'independència en les quals, per aquesta característica, el dèficit, en el cas d'incórrer, és suportat directament pels funcionaris que les sustenten i l'excedent representa la seva retribució, conseqüència de la seva condició de mínim legal de suficiència operativa, representativa de la seva objectivitat.

b) La seva incompatibilitat amb la liberalització aranzelària

Ara bé, caldria preguntar-se en aquest moment si el caràcter de l'aranzel tal com l'hem enunciat permet cohonstar-ne la determinació quantitativa de naturalesa objectiva i social, que es relaciona directament amb la imparcialitat, ja que permet separar la retribució del servei d'altres condicionants econòmics amb la liberalització mitjançant un aranzel de màxims o amb els descomptes de caràcter voluntari aplicables legalment, en els quals aquest criteri resta sotmès als aleatoris propis de cada funcionari.

Si l'aranzel és una exacció parafiscal subjecta al principi de legalitat en la seva determinació i que s'imposa a tothom com a tal, és difícil d'entendre que s'apliqui de forma variable amb criteris d'oportunitat i, de forma discriminatòria, en traslladar-ne la determinació real als mateixos interessats.

Si l'aranzel és una exacció parafiscal subjecta al principi de legalitat en la seva determinació i que s'imposa a tothom com a tal, és difícil d'entendre que s'apliqui de forma variable amb criteris d'oportunitat i, de forma discriminatòria, en traslladar-ne la determinació real als mateixos interessats, cosa que, a més de suposar una contradicció amb les bases de quantificació i de cobertura de despeses de significat social que inspiren l'aranzel notarial i la seva unitat, al meu entendre, pot conculcar el requisit d'imparcialitat que l'art. 103, 3 de la Constitució espanyola imposa a tots els funcionaris públics.

Aquest sistema de competència opaca a la baixa que permet l'aranzel màxim basat en el preu i no en l'eficàcia, no pot recolzar, al meu parer, en la DA 2a de la Llei 2/1974, de 13 de febrer, de col·legis professionals, en la redacció donada pel RDL 6/1999, de 16 d'abril, de mesures urgents de liberalització i increment de la competència, en la qual, referint-se en aquell moment als Col·legis de Notaris, corredors de comerç i registradors de la propietat i mercantils, diu que s'adaptaran al que estableix la Llei esmentada sempre que "no s'oposin a les peculiaritats exigides per la funció pública que exerceixin els seus membres". I afegeix que "en tot cas, els és aplicable el que disposa l'art. 2.1 i 2.4 d'aquesta Llei". El primer dels articles, que va ser modificat per la Llei 7/1997, de 14 d'abril, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl i de col·legis professionals, estableix sobre això: "L'exercici de les professions col·legiades s'ha de fer en règim de lliure competència i està subjecte, quant a l'oferta de serveis i fixació de la remuneració, a la Llei sobre defensa de la competència i a la Llei sobre competència deslleial". Aquesta disposició sembla que avala legalment la introducció de l'aranzel de màxims, però l'expressió específica de la DA 2a, referida a l'exercici de funcions públiques, l'exclou formalment de la competència en termes purament econòmics per les peculiaritats que exigeix la seva prestació, tal com reconeix la Resolució del Tribunal de Defensa de la Competència de data 21.07.2004, a la qual es fa referència més endavant en la Introducció de l'apartat Aranzel Notarial, Lleis de Mercat i Competència Regulada d'Oferta, on la primera i substancial peculiaritat és l'exigència constitucional d'actuació imparcial que xoca frontalment amb la idea de lliure competència i a la qual respon una naturalesa obligatòria i no orientativa de l'aranzel, d'acord amb el criteri general dels països de l'entorn del Notariat llatí, ja que serà la competència basada en el funcionament eficaç de la institució del Notariat la millor contribució a l'increment de productivitat per al creixement econòmic.

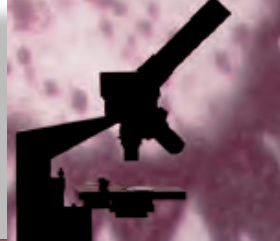
c) Fiscalitat aranzelària i activitat econòmica

Un altre aspecte que s'ha d'analitzar, ni que sigui sumàriament, són les relacions que tracten d'establir-se entre la naturalesa de l'aranzel i el seu gravamen fiscal, que, en la meua opinió, no assolixen resultats



definitoris. La prestació retributiva independent de l'activitat notarial, en no poder qualificar-se com a activitat estrictament pública per l'absència de plena *auctoritas* pateix de la condició de naturalesa tributària que permetria eximir-la d'estar subjecta a l'IVA, ja que a aquest efecte es consideraria subjecte passiu qui l'exerceix per la simple realització d'una activitat amb contingut econòmic, independentment de la seva finalitat pública, sense que per això es pugui traslladar aquesta apreciació específica de l'impost a la consideració generalitzada de l'activitat notarial com estrictament econòmica i l'aranzel que la retribueix com una contraprestació, de la mateixa manera que, com dèiem anteriorment, tampoc no es pot considerar un tribut, tot i la coactivitat de la seva determinació.

Tot i que el Notari actuï en l'exercici de la seva activitat com a subjecte econòmic a causa de la delegació directa per l'Estat de la fe pública exercida de forma independent, no permet pressuposar que intervén en l'activitat econòmica dels mercats com a tal amb la finalitat fonamental d'obtenir beneficis. La seva finalitat essencial és la prestació d'un servei públic regulat amb caràcter obligatori i a la sol·licitud del qual no es pot sostreure encara que incorri en resultats antieconòmics, exclouent qualsevol actuació negociadora, de la mateixa manera que només actua a instància de part sense que pugui fomentar la seva intervenció de forma activa. Actua per donar el servei públic més eficaç, no per obtenir més benefici econòmic.



En sentit contrari i des del punt de vista del Dret de la competència, s'estableix una compatibilitat entre prestació de servei públic i caràcter econòmic de l'activitat, atesa la percepció directa de l'import de la seva retribució, en integrar-lo en el concepte d'operador econòmic d'aquest sector de l'ordenament jurídic, en el qual, amb independència del seu estatut jurídic, se l'identifica amb el d'empresa sempre que desenvolupi de forma autònoma, habitualment o esporàdicament, algun tipus d'activitat econòmica. Aquesta s'entén com "qualsevol activitat de producció o intercanvi no gratuït de béns o serveis" (Resolució CNC, de 20 de gener de 2011).

Aquesta identificació entre servei públic i activitat econòmica, per la percepció directa de retribucions, exclouen la seva valoració, al meu entendre, les peculiaritats exigides per la funció pública en imposar un criteri general de competència sobre el requisit d'imparcialitat notarial, que en defineix l'essència.

Aquesta confusió exemplar d'una funció pública desenvolupa una desestructuració conceptual que no la fa intel·ligible com a concepte funcional. És la mateixa actuació la que n'exemplifica la definició, ja que el criteri d'una actuació dividida crea un antagonisme en representar dos finalitats dispars: independència i interès, sense que s'hi doni aleshores un únic significat que trascendeixi en una sola definició la de funcionari públic. L'aranzel variable constitueix una pràctica que pot desdibuixar l'exemplaritat

d'una definició que és suma d'imparcialitat i d'independència, en la qual es fonen ètica i estètica, mostrant una sola experiència que no constitueix una singularitat sinó que defineix l'axioma del seu concepte.

Conclusió

Si en els apartats anteriors s'estableix el caràcter de funcionari públic del Notari, la seva imparcialitat i independència, els efectes de certesa i d'executivitat dels documents autoritzats per aquest i la naturalesa del sistema aranzelari que el retribueix, propis del sistema del Notariat llatí, el règim de competència s'hauria de centrar estrictament en l'eficàcia de la funció com a mesura per estimular "l'excel·lència" d'un servei de naturalesa pública, sense supeditar-lo per raons d'eficiència econòmica a criteris comercials limitadors d'aquelles característiques.

La vinculació entre caràcter públic de la funció notarial i sistema que el retribueix es transmuta en l'actualitat en una dualitat per la rellevància singular que adquireix la coexistència dels principis de transparència i de proporcionalitat propis de l'aranzel notarial amb el de competència comercial que imposa l'aranzel de màxims.

La vinculació entre caràcter públic de la funció notarial i sistema que el retribueix es transmuta en l'actualitat en una dualitat per la rellevància singular que adquireix la coexistència dels principis de transparència i de proporcionalitat propis de l'aranzel notarial amb el de competència comercial que imposa l'aranzel de màxims, cosa que en fa necessària l'anàlisi des d'una faceta econòmica per intentar determinar si es justifica aquesta dualitat.

VI. ARANZEL NOTARIAL, LLEIS DE MERCAT I COMPETÈNCIA REGULADA D'OFERTA

1. ARANZEL I LLEIS DE MERCAT

a) Introducció

La consideració extrapressupostària de l'aranzel, derivada de la seva afectació a

despeses de funcionament d'una oficina pública, la gestió i la percepció de la qual es porten a terme independentment de la mateixa Administració, no n'exclou el caràcter innat imparcial ni una eficàcia funcional exigibles en una activitat pública que en descarta la subordinació a les lleis del mercat.

En aquest sentit la Resolució de 21 de juliol de 2004 dictada pel Ple del Tribunal de Defensa de la Competència, deixa assentades, entre altres, les conclusions següents: "El Notari és un funcionari d'unes característiques especials, que condicionen la formació d'un suposat "mercat", característic com és el de la fe pública notarial" i, que tot i que la LDC estigui pensada per preservar la lliure competència, "això no obstant, la LDC és difícilment aplicable en aquells camps on no regeix el principi de lliure competència, que passa pel principi constitucional de lliure empresa", i afegeix que el "mercat de la fe pública té taxat legalment el tipus de 'producte', però sobretot està condicionat radicalment des del costat de l'oferta. Aquesta oferta es configura a partir d'un conjunt de barreres d'entrada, de barreres de sortida i de barreres d'establiment. Les barreres d'entrada i de sortida són de caràcter legal i diuen qui pot ser Notari, quan pot actuar com a Notari i en quin lloc pot actuar com a Notari. D'altra banda, les barreres d'establiment, també de caràcter legal, són fonamentals per afirmar que en aquest mercat la LDC és difícilment aplicable, en la mesura que li ve donat imperativament el caràcter accedent de Notari in se al qual s'assigna el lloc d'establiment, sense que tingui cap potestat per modificar aquesta situació preestablerta. Això vol dir que els Notaris treballen en mercats geogràfics de la fe pública notarial molt desiguals en termes de quantitat de serveis contractats. Però, atès que, com ja va assenyalar el mateix Tribunal en resolucions esmentades anteriorment, "els Notaris no competeixen per la via del preu" (sense desconèixer que aquesta situació canvia, en certa mesura, a partir dels decrets liberalitzadors de la darrereria del anys noranta), cosa que no exhaurix la qüestió, ans al contrari, l'aclareix, ja que la competència per la via de la quantitat està determinada condicionant la variable del preu final del producte ofert".

D'aquestes conclusions, es pot establir l'exigència d'una relació directa entre la regulació aranzelària i les característiques que defineixen l'exercici de la funció notarial, com ara la territorialitat, la competèn-

cia irrenunciable en la rogació voluntària i l'homogeneïtat legalment reconeguda del valor i l'eficàcia documental, que l'exclouen directament del concepte de lliure competència i superen la contraposició que hi ha entre la naturalesa de funcionari i la lliure elecció per l'usuari mitjançant la independència de la seva actuació ajustada a llei en la qual l'eficàcia en la seva prestació ha de ser la raó de la seva elecció i no el preu.

La remuneració aranzelària és circumstancial en l'exercici del sistema delegat de fe pública extrajudicial, de manera que qualsevol preponderància atribuïda sobre aquesta que pugui suposar una prioritat o una alteració de la igualtat incardinada en el principi d'imparcialitat és una transmutació de la seva naturalesa.

b) Competència i eficàcia

Encara que concorren circumstàncies concretes que identifiquen l'activitat notarial amb les d'un operador econòmic com ara la retribució directa per l'usuari pel servei prestat o la lliure elecció, hi ha una clara exclusió de la competència real en termes econòmics ja que es prescindeix legalment de la llibertat operativa d'un dels agents econòmics d'aquest "mercat", i s'institucionalitza una competència passiva en la qual no s'enfronta a la llibertat d'elecció del demandant una opció equivalent a l'ofertor de serveis, el Notari, com tampoc no es disposa de capacitat d'adaptació d'actuació a les exigències de mercat en estar aquesta rígida i regulada transmutant-la en una "competència funcional", que necessàriament recau sobre l'eficàcia.

Si amb caràcter general la competència té com a finalitat primordial guanyar quota de mercat en què el preu representa un factor essencial en ser d'apreciació directa i immediata, on s'evidencia que aquesta visió primària no incorpora el concepte d'eficàcia, la competitivitat es podria considerar com l'optimització dels processos de producció en els quals el preu no incideix com a element rellevant però sí l'eficiència, en diferenciar el producte en el seu conjunt per la seva qualitat percebuda, en el qual l'element preu pot adquirir contràriament un matís depreciatiu.

No obstant això, l'eficàcia com a resultat en l'exercici de la funció notarial no és un element apreciable inicialment, a diferència del preu que sí que ho és, en la presa de

decisiones, cosa que provoca que un aranzel lliure estimuli inicialment la competència pel preu en imposar com a criteri de valoració a causa de l'objectivitat documental-homogeneïta.

En canvi, un preu fix públic, estable i transparent crea un mercat de competència exclusivament d'eficàcia, ja que en l'esfera notarial la relació preu i qualitat no opera en termes de mercat, en no incorporar el "producte" de la prestació notarial un valor addicional que el faci distingible *a priori* d'altres similars ja que es tracta d'un servei públic determinat al qual es reconeix una identitat de valor pel seu reconeixement legal. D'aquesta manera, en la pràctica entenem que una variabilitat oportunista de preus en qualsevol de les seves manifestacions comportarà una reducció de la competència per l'eficàcia, que finalment afectarà l'optimització dels recursos disponibles i fins i tot la mateixa prestació de la funció.

Totes aquestes circumstàncies influeixen en els requisits d'imparcialitat i d'independència i més encara quan l'aranzel de màxims i els descomptes voluntaris no actuen amb caràcter general, sinó d'oportunitat, de manera que aquesta actuació es limitarà a l'interès particular i no al general, tot i referir-se a la prestació d'un servei públic subjecte al control de l'Estat. A més, resulta difícil de justificar el principi de transparència aranzelària concretada en la publicitat formal de l'aranzel, quan declara el seu caràcter de màxim subjecte, en conseqüència, a criteris d'oportunitat.

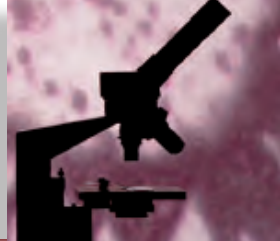
D'altra banda, pot passar que la retribució notarial es refugii en una competència activa per l'elasticitat material del preu en un procés de selecció disruptiva de l'oferta en la qual puguin incórrer factors complexos, encara que no evidents, que resultin complementaris de la mateixa actuació notarial.

La limitació de competència que en termes econòmics suposa l'aranzel fix en estar regulat directament per l'Administració d'acord amb barems determinats, queda compensada per l'efecte de lliure elecció del funcionari per raó d'eficàcia l'efecte de la qual és incrementar el valor del servei derivat de l'homogeneïtat del producte, percebuda des de l'exterior de manera uniforme com a reflex d'un sistema organitzatiu regulat, que imposa com a regla de competitivitat la millora permanent de la seva prestació, cosa que l'allunya d'una anàlisi merament utilitarista.

Alternativament, un preu lliure retributiu del servei notarial orientaria primordialment la llibertat d'elecció a la comparació de preus en actuar sota la premissa d'equivalència en la seguretat jurídica reconeguda socialment, minimitzant l'apreciació d'eficàcia en la seva prestació, cosa que en general es traduiria en un menor valor econòmic de la funció i una disminució correlativa del seu valor social.

De fet, en la pràctica habitual, és més fàcil abaixar el preu que millorar el producte com a mitjà de publicitat indirecta, quan el





funcionament correcte a l'efecte del mercat seria millorar-ne la gestió i optimitzar-ne els recursos en un procés d'innovació constant, reduint costos i augmentant eficàcia, no solament jurídica, i rebutjant el preu com a única fórmula de competència. Un Notariat "low cost", com alguns teòrics del neoliberalisme propugnen, modificaria possiblement la seva funcionalitat en desnaturalitzar-se el seu caràcter públic essencialment garantista.

En l'àmbit notarial l'eficàcia és la darrera raó de la demanda dels serveis per la seva utilitat instrumental en l'àmbit jurídic no només formal, sinó especialment material i substantiu, ja que és la finalitat del servei el que justifica l'actuació notarial que no pot quedar postergada per resultats econòmics interessats que comportin mitjans inadequats per aconseguir-los, que queden exclosos com a paràmetre avaluable de la seva actuació.

En definitiva, és aquesta inalterabilitat de la percepció d'homogeneïtat la que possiblement traslladarà la reducció de preus al nivell d'eficàcia, ja que un criteri de liberalització retributiva només pot resultar operatiu tenint en compte la responsabilitat pública de la funció, si es dona suport a l'homogeneïtat del "producte" notarial, ja que, en el cas contrari, una disminució del preu podria repercutir en la "qualitat" essencial de la seva prestació, que llavors esdevindria variable.

Per poder centrar la competència en l'eficàcia, és a dir en el "producte", cal excloure

el preu com un element determinant, de manera que aquest pugui adquirir rellevància en la percepció externa per la seva identitat pròpia en el nivell assolit en la pre-tensió dels serveis sol·licitats, amb independència de l'eficiència interna en l'aplicació dels recursos econòmics obtinguts a l'oficina notarial.

c) La relació cost-benefici en la pràctica de la funció notarial

Tot i que *a priori* la relació cost-benefici és determinativa en l'ús de qualsevol servei, la seva complexa naturalesa influeix limitativament el notarial, ja que, si acceptem que a un preu zero la qualitat del servei tendria a ser inexistent, la seva exigència de nivell de qualitat sempre estarà imposada per la naturalesa pública de la funció que retribueix, que mai no podrà ser inferior a un valor representatiu del seu significat jurídic. D'altra banda, l'eficiència de l'oficina notarial sempre és apreciable perquè és directament imputable al Notari en exercici.

Si una política de preus a la baixa en el mercat com a reclam per atraure clientela es correspon habitualment amb la variabilitat en la qualitat dels productes oferts, cosa que crea una sensació d'inseguretat en el valor del que es percep a canvi d'aquesta reducció de preu, i paral·lelament una tendència a la restricció en la demanda per a un nivell determinat, en l'àmbit notarial la percepció d'una disminució de la seguretat jurídica correlativa a una política de compe-

tència de preus a la baixa no seria apreciable de forma immediata, atesa la identificació externa general d'una certa qualitat del producte, de manera que només es podria replicar aquest comportament a llarg termini.

Ahora, en termes pràctics i en relació amb el funcionament general del mercat, conseqüent amb l'equació de reducció de preus i costos com a mitjà per optimitzar beneficis, propi de qualsevol activitat econòmica amb augment de demanda, la mateixa tensió provocada per la rigidesa de l'oferta de servei notarial derivada del nombre limitat de Notaris i el requisit presencial imprescindible serà la que generarà un increment del flux de demanda basat en la reducció de preus circumscrit a un nombre limitat de subjectes que ofereixen preus mínims per tal d'obtenir resultats positius econòmicament. Això al final pot conduir a efectes contraris a la síntesi del contingut de la funció notarial en posposar o minimitzar la supremacia de l'eficàcia en la prestació, reduint el valor global que la societat li atribueix.

Una competència basada exclusivament en el preu en l'àmbit notarial pot, a més, esdevenir negativa en termes econòmics generals si se'n redueix l'eficàcia de manera que afecti la seguretat jurídica. L'eficàcia notarial és un valor afegit valuós econòmicament, mentre que el preu a aquest efecte és un tràmit procedimental en la prestació notarial del servei i no de la seva funció.

D'altra banda, contradiu la mateixa lògica d'un sistema de legalitat reguladora de retribució per aranzel amb la seva delegació simultània a l'aplicació efectiva a favor del mateix funcionari que ho percep en el cas de màxims, ja que una projecció d'un tal criteri fonamentat en una competitivitat eficient hauria de portar a promoure definitivament la seva plena liberalització, assignant la determinació del cost del servei al lliure mercat de forma coherent amb les premisses d'eficiència que sostenen que és el mateix mercat el que protegeix l'usuari i que, en canvi, un preu fix restringeix la competència i no estimula la qualitat.

Però és la seva finalitat pública i l'externalització dels efectes jurídics la que exigeix una regulació legal que defineixi la naturalesa retributiva d'un sistema de seguretat jurídica, fent més eficaços els processos en què participa, la qual cosa afecta el mateix ordre jurídic i, en definitiva, la societat com

a benefici social, facilitat per aquesta homogeneïtzació del producte i eficàcia en la prestació que només es pot donar des de sistemes estructurals, regularitat, que per definició, no podria reproduir un sistema de lliure mercat.

d) Valor funcional

El valor útil del cost aranzelari recolza en un valor de previsió futura que es concretarà al voltant de la certesa negocial *ex post*, en tenir els contractes de futur compliment un resultat imprevisible. El cost de la incertesa futura de negocis no intervinguts notarialment supera el cost *ex ante* per la reducció implícita del grau de certesa que derivaria de l'ús de la seguretat jurídica preventiva, ja que les mesures cautelars pròpies de la intervenció notarial augmenten de valor segons el temps en què la seva eficàcia jurídica roman latent. El seu valor d'avui és el de la seva utilitat futura en estalviar costos futurs imprevisible, valor que neix d'una incertesa que el futur amplia. Aquestes mesures cautelars traslladen el seu valor en el temps, l'actualització econòmica del qual es reconeix com justificativa del cost de l'actuació notarial. Es pot dir que el reconeixement de la seguretat jurídica preventiva funciona com un factor d'utilitat del producte, de manera que, com més necessitat d'estabilitat jurídica, més utilitat reconeguda, no solament en l'àmbit privat, sinó com a bé social. Mitjançant la seguretat jurídica preventiva es garanteix amb més eficàcia la sostenibilitat econòmica i social.

Encara que es reconegui l'estabilitat jurídica com una necessitat social especialment demandada, els condicionants que permeten determinar el valor útil de la seguretat jurídica que confereix la fe notarial no s'identifiquen d'entrada necessàriament i exclusivament amb el preu aranzelari, valorant-lo com un element fonamental que estimula l'increment de la seva demanda.

El cost transaccional de l'activitat notarial enfronta el valor de la seguretat jurídica *ex ante* amb el valor de la incertesa jurídica *ex post*. Els efectes probatoris i executius reductors d'incertesa representen valors

apreciables econòmicament en el desenvolupament de les relacions jurídiques. Aquesta eficiència jurídica relacionada amb l'eficàcia notarial és avaluable econòmicament com una reducció de risc futur i competitivament avantatjosa respecte de sistemes que propugnen la previsió asseguradora, en establir la pau social anticipadament. L'eficiència com a barem de la relació de mitjans i resultats és aquí menys recognizable, ja que es configura entre costos de mitjans presents i resultats aparents futurs, però la seva equació de prevenció de riscos és superior a la de la seva posposició futura per la imprevisibilitat dels costos dels mitjans futurs precisos en el cas de conflicte.

No obstant això, encara que es reconegui l'estabilitat jurídica com una necessitat social especialment demandada, els condicionants que permeten determinar el valor útil de la seguretat jurídica que confereix la fe notarial no s'identifiquen d'entrada necessàriament i exclusivament amb el preu aranzelari, valorant-lo com un element fonamental que estimula l'increment de la seva demanda. Aquest pot, fins i tot, alimentar un efecte invers en el cas que el mercat no reconegui el valor intrínsec de la funció, en no resultar quantificable *ab initio*, com a cost marginal computable en el seu càlcul, la reducció d'eficàcia jurídica en el supòsit d'absència d'un nivell de seguretat jurídica preventivament determinat. D'aquesta manera tampoc no es podria acceptar com a tesi real que una competència de preus derivés en una maximització de benefici social en no incrementar-se, pels mateixos motius, la demanda de serveis. En aquest sentit, l'informe ZERP (2007) va resultar significatiu perquè s'hi afirmava que els sistemes desregulats produeixen més beneficis als consumidors en termes de preus, qualitat i elecció de professionals basant-se en criteris d'eficiència econòmica que recolzen fonamentalment en la reducció de preus mitjançant la seva liberalització com a estímul de competència, excloent d'aquestes consideracions les de servei públic, seguretat jurídica, equilibri contractual, propis dels sistemes llatins del Notariat. D'altra banda, l'informe del professor Murray va sostenir criteris oposats en assenyalar que els costos estan condicionats en funció del sistema en què s'insereixen i que la desregulació no condueix a més eficiència, reconeixent la major eficàcia del sistema llatí per la gairebé inexistència de conflictivitat jurídica, la qualitat de l'assessorament i el grau



de certesa. Aquesta postura coincideix amb la idea d'eficiència jurídica valuosa econòmicament que competeix avantatjosament amb els sistemes desreguladors de mercat. L'aranzel notarial fix es podria considerar, doncs, un preu just predeterminat objectivament.

D'altra banda, la mateixa naturalesa de l'activitat notarial no permet que es pugui regir per lleis de mercat en un marc de lliure competència, no solament per les limitacions administratives derivades de la seva regulació reglamentària, del *numerus clausus* o de la seva demarcació territorial, sinó perquè, de forma natural, exclou com a finalitat última l'obtenció de beneficis, aspecte propi de l'activitat empresarial, en estar supeditada al servei públic, ja que si funcionés en un règim de pura competència comercial, a un increment d'activitat tendent a la igualació de preu amb el cost marginal del producte, mai no hi haurà una disminució de costos per optimització de processos productius proporcionalment, atesa la seva naturalesa especial, de manera que la corba de costos tendirà a incrementar-se amb una disminució inversa d'eficiència econòmica, amb independència de la limitació natural de capacitat productiva dels sistemes personalistes com el notarial.

És difícil, doncs, entendre que una reducció de preus a la baixa des d'un sostre regulat pugui arribar a constituir un estímul eficaç de competència, quan realment és una reducció evident autoimposada d'ingressos globals mitjançant una confrontació indivi-



dualitzada que només beneficia interessos particulars puntuals mercantilitzant la funció i que pot posar en perill la imparcialitat, l'objectivitat i la independència necessàries per al seu exercici en les "obligacions d'assistència, d'assessorament i de control de legalitat", conducta antireglamentària que preveu l'art. 43, Dos, B, c, de la Llei 14/2000, reguladora del règim disciplinari dels Notaris. La funció sempre determina els caràcters del seu exercici, per la qual cosa el caràcter involutiu de la competència en el preu podria afectar un dels fonaments del Notariat com la imparcialitat, la qual cosa comportaria una convergència identificadora amb l'exercici d'altres professions liberals

e) Competència i lliure elecció de Notari

En general, es pot afirmar que la lliure elecció és pròpia dels sistemes de lliure competència. La seva declaració com a principi notarial respon com una excepció expressa a la seva condició especial de funcionari públic en atenció a la seva actuació independent i sobre la base de la seva llibertat de criteri, però sempre sota el principi d'imparcialitat i en el qual la llibertat d'elecció pel client rau, com ja hem assenyalat reiterativament, en l'eficàcia de la prestació del servei.

Aquesta competència determinada pel principi de lliure elecció com a "element essencial d'una concurrència adequada entre aquests", com diu el RN, es basa en els

judicis de valor dels usuaris sobre l'eficàcia notarial percebuda com un "producte de confiança" i no objectivament en el preu, ja que en aquest supòsit no tindria sentit haver establert aquesta facultat quan la simple competència econòmica la buidaria de contingut en recaure l'elecció fonamentalment en el preu ofert i no en el mateix Notari, tal com recull la norma reglamentària. En realitat, l'objecte de l'activitat notarial és ofert com un servei públic que constitueix el mitjà real de captació d'usuaris que ho necessitin.

En aquest sentit, si un aranzel variable de màxims recolza en la idea d'una oferta notarial sota criteris mercantils de competència pel preu, el que podríem anomenar la captació objectiva pel preu, un aranzel fix sempre es basarà en canvi de forma exclusiva en la demanda de l'usuari sota un criteri de competència per eficàcia, i en aquest cas l'elecció del Notari respondria a la qualitat general del servei prestat, cosa que podríem anomenar la captació subjectiva per l'eficàcia. A la primera, el Notari en oferir-se exhibint preus, exerceix una competència activa en què el preu és la seva publicitat més rellevant. A la segona, el Notari és elegit per l'usuari acreditant-ne l'eficàcia en una actuació de competència passiva que resulta equilibrada per un preu fix, de la qual resulta una competència social de prestació d'un servei públic.

f) La seva relació amb les lleis de mercat

La mateixa unitat de la fe pública extrajudicial ha d'imposar un sistema únic d'aranzel fix, tot i reconèixer en la seva regulació les característiques formals dels instruments públics, davant lleis de mercat que puguin incitar sistemes alternatius per obtenir una disminució de costos transaccionals en l'economia interna en contraposició amb l'exigència d'una eficàcia basada en l'interès comú.

Seguint les teories formulades sobre costos transaccionals (Coase), es podria argumentar que l'activitat purament notarial reflecteix aquesta transposició eficient de recursos econòmics derivats no solament de reduccions de costos que troben la seva justificació en una organització integrativa més eficient que les que ofereixen els sistemes de mercat obert, sinó per reduir possibles danys econòmics en el futur, atesa l'especificitat de les transaccions operatives en

què participa en incorporar un valor específic d'eficàcia. La seva mateixa integració operativa basada en una eficàcia comparativa en la qual incorpora factors d'eficiència en l'economia externa en beneficiar tercers i en els quals influeix la seva idiosincràsia, li permet incorporar, en funcionar transaccionalment, propietats economitzaadores pròpies d'una institució regulada sobre la base del principi de seguretat jurídica preventiva. Aquest valor comparatiu més favorable és el que resulta d'addicionar valors al nucli substantiu dels documents públics autoritzats, no solament per l'oportunitat precontractual, sinó pel postcontractual derivatiu que opera amb la finalitat d'evitar factors de risc.

Seguint les teories formulades sobre costos transaccionals (Coase), es podria argumentar que l'activitat purament notarial reflecteix aquesta transposició eficient de recursos econòmics derivats no solament de reduccions de costos que troben la seva justificació en una organització integrativa més eficient que les que ofereixen els sistemes de mercat obert, sinó per reduir possibles danys econòmics en el futur.

La defensa de la competitivitat com a principi inspirador d'una economia eficient que funcionar en la relació de mitjans aplicats i resultats obtinguts dins un marc de llibertat de mercat, no és aplicable en l'àmbit dels serveis públics en els quals no conflueixen característiques consubstancials al concepte de mercat. Amb tot, com assenyalàvem, es produeixen en aquest sector millores d'eficiència que es tradueixen en increments transaccionals per la reducció de costos indirectes, com ara la plena llibertat d'establiment i preus, en girar al voltant dels principis d'interès general i d'eficàcia en una uniformitat en la qual s'exclou forçosament la variabilitat del factor preu. Com ja indicàvem, es dona així una relació d'homogeneïtat de producte i preu fix, que és la causa del fet que, en la regulació aranzelària, s'estableixi com a base per al seu càlcul el del seu cost amb afectació expressa a la viabilitat del servei, a part que no hi hauria un retorn de mercat derivat d'una competència de preus en aquest àmbit. Amb tot

no es pot ignorar que les forces econòmiques generades per l'actual globalització impliquen un risc d'influència cada cop més evident que podria afectar la mateixa independència notarial, davant la qual un aranzel fix és una barrera addicional important com un missatge de la seva inalterabilitat.

En aquest sentit cal recordar el que estableix l'art. 86.2, del Tractat Constitutiu de la UE, en el qual s'estableix que "... quedaran sotmesos ... en especial a les normes sobre competència, en especial a les normes sobre competència, en la mesura que l'aplicació d'aquestes normes no impedeixi, de fet o de dret, el compliment de la missió específica que s'ha encomanat..." D'aquestes restriccions a la competència no es pot excloure un element essencial en l'exercici notarial, el preu taxat, mentre es mantenen, això no obstant, en altres manifestacions menys transcendents, com la prohibició expressa d'una determinada publicitat.

D'aquesta manera, la lliure elecció notarial no serà selectiva en preu en operar sobre un mateix cost operatiu i se centrarà en la valoració de l'eficàcia i serà la llibertat d'elecció la qual per aquesta causa generarà impulsos reformadors dels mitjans que resultin ineficaces. Per aquest motiu una disminució del preu que ha estat establert com a cost màxim, estableix una relació directa de disminució d'eficàcia, ja que la subhasta a la baixa de preus de l'aranzel de màxims és tècnicament una competència "a pèrdues" en termes globals atesa la rigidesa de costos pròpia de les característiques de l'activitat. Això evidencia que l'activitat notarial no pot operar lliurement d'acord amb les lleis del mercat en actuar sota costos màxims en què el risc derivat de les operacions en què intervé és indiferent i la subjecta a una relació rígida independent d'aquestes lleis, a diferència d'altres operadors jurídics que relacionen aquests riscos amb la retribució del servei prestat.

Aquesta pretesa simbiosi que neix, a causa de les tendències liberalitzadores, de l'oposició entre la força de les lleis de mercat i la intervenció reguladora de l'Administració pública, recolza en la suposició d'atribuir una determinada capacitat correctora al mercat a la qual el Notari quedaria subjecte de forma individualitzada i en la qual resultaria operatiu un aranzel de màxims en valorar-se addicionalment el preu. No obstant això, ofert a l'emparedat d'un sistema d'opacitat, en no tenir una



projecció publicitària, limitador del nombre de beneficiaris, tant en els oferents com en els demandants, els seus efectes seran parcials i individualitzats, sense que es pugui afirmar que d'aquesta limitació derivi una millora evident de la competència en no concórrer els requisits necessaris de llibertat de competència objectiva, a més que la mateixa uniformitat de producte que, com a prestació pública equilibrada socialment, imposa el principi general de seguretat jurídica, exigeix en termes de coherència un aranzel fix i predictable. Dit d'una altra manera, un aranzel fix permet establir criteris coherents en totes les seves manifestacions i entre aquests el d'eficàcia i d'equilibri social que, per la seva pròpia transcendència, no pot disminuir en intensitat.

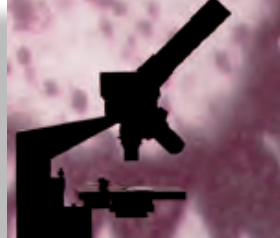
Realment, el presumpte benefici econòmic propi d'una assignació de recursos productius eficient, predicat pels defensors del preu variable com a estímul d'una competència i que, en l'àmbit de la fe pública, se centraria exclusivament en el preu, només pot tenir un suport real en una condició: el manteniment del mateix nivell de qualitat encara, oferint menors preus, en convergir en el seu funcionament incidents multidisciplinaris, ja que d'una altra manera es desnaturalitzaria la funció notarial.

En l'equació oferta-demanda de l'activitat notarial, el preu queda exclòs com una variable fonamental, atesa la naturalesa pública de la seva prestació en què altres factors incideixen en la seva variabilitat. Així, aplicant un preu fix invariable, a un aug-

ment de la demanda només pot correspondre un increment de l'oferta, més Notaris, i no una baixada de preus, i davant un augment de l'oferta, la reducció d'aquesta, com ja va passar en la darrera crisi econòmica soferta en la dècada anterior, sense afectar el preu per la preponderància de la seguretat del servei prestat. Per això es pot afirmar que la imposició d'un preu taxat fix, independent de la concurrència d'altres factors, actua com a garantia de la seva coherència amb la seguretat immutable de la prestació d'un servei públic.

Al seu torn, una reducció indeterminada de preus provocaria una alteració de la funció, a causa d'una disminució progressiva de l'eficàcia, que podria conduir a un desequilibri general en la qualitat del servei, de manera que es podria afirmar que, fins i tot en termes econòmics, aquesta política sempre incidirà negativament atesa la transcendència temporal en termes d'eficàcia legal dels efectes del document notarial, evidenciant-ne l'abasterràtic. Mentre un aranzel fix permet establir per l'Administració una estratègia de costos optimitzant el servei públic que es pretén prestar, un aranzel de màxim estableix privadament una estratègia de supervivència amb deteriorament del servei per reducció constant del límit del marge operatiu de l'oficina notarial. Es tracta d'establir una competència de la competència professional sense refugiar-se simplement en la simple competència pel preu.

D'altra banda, la competència notarial basada en la llibertat d'elecció per l'usuari



és, en principi, independent de qualsevol limitació territorial atesa la permeabilitat de la demarcació enfront de l'exterior que l'obre a qualssevol usuaris que es poden adreçar al Notari de la seva elecció sempre que aquest operi en l'àmbit de la seva demarcació establerta com a barrera territorial per garantir-ne l'eficàcia. Això facilita que un règim de competència comercial exclusiva pugui operar com a força d'atracció a tot el territori nacional generant fluxos intensos d'operacions cap a determinats àmbits geogràfics i causant desequilibris d'eficàcia en variar el sentit de territorialitat del servei. Aquestes circumstàncies, en la pràctica, són utilitzades per determinats operadors jurídics i econòmics, i això dona lloc a un volum operatiu d'algunes oficines notariales que no es pot atendre amb eficàcia en termes reglamentaris amb una progressiva incapacitat per atendre l'increment d'activitat, cosa que acredita la incoherència evident de la compatibilitat d'una territorialitat encaminada a l'eficàcia en la prestació del servei públic notarial i la lliure competència.

De la mateixa manera, i des d'una altra perspectiva, un aranzel de màxims, portat a les seves últimes conseqüències, permet reglamentàriament la pràctica deslleial d'una política temporal de pèrdues com a mitjà per obrir un mercat competitiu basant-se de manera excoent en el preu, cosa que arracona qualsevol previsió raonable de manteniment de l'oficina notarial en atenció a la seva funció social. Una competència estrictament professional en el seu

àmbit pot comportar el reconeixement explícit pel treball desenvolupat, mentre que la competència exclusivament pel preu no exigeix cap esforç addicional per al seu èxit. Són exemples que tracten de demostrar que el preu lliure mai no marcarà un punt d'equilibri natural com a sistema de retribució d'una funció pública, atesa la seva ineficiència en imposar-se de forma desigual i arbitrària en la mateixa incoherència de la contradictòria obligatorietat de la seva prestació enfrontada a un mercat de preus.

Atenent la projecció pública del Notariat com una funció que descansa en la premissa de confiança, tampoc no resulta assumible que, en relació amb les pòlisses mercantils, intervencions de les mateixes característiques puguin tenir preus diferents per als diversos clients d'una mateixa notaria, tot i que es reconegui el seu volum operatiu o reiteratiu. Això crea una discriminació que, en ocasions, pot resultar pertorbadora de la presumpció d'imparcialitat del Notari. Incideix més en aquesta idea d'alteració de la percepció social de l'ètica corporativa quan s'imposa una relació transaccional de caràcter econòmic en les relacions professionals amb el Notari intervenent.

Globalment és difícil de justificar una política semblant en la retribució d'una funció pública en què el rigor ha de ser la norma i més en el seu vessant més social, motiu pel qual, en la majoria de països del Notariat llatí, impera l'aranzel fix com a fórmula d'eficàcia i es prohibeix qualsevol negociació sobre aquest, com per exemple estableix

l'art. 29 de la Llei alemanya del Notariat "el notari ha de prescindir de qualsevol conducta comercial", mentre que aquells en els quals es va optar per un sistema de llibertat de preus, com l'holandès, s'han produït els efectes ja descrits.

Un altre efecte nociu d'aquesta política comercial és el seu caràcter subreptici que sorgeix de la mateixa opacitat del sistema, diametralment oposat al principi de transparència sustentat per l'Administració, en quedar limitada la informació pública obligatòria a la seva condició legal de màxim adquirint les normes de l'aranzel ordinari un mer valor orientatiu l'aplicació del qual queda supeditada a determinades influències circumstancials, que pot generar una situació general d'incertesa que pot representar manifestacions de parcialitat. Val la pena esmentar, en aquest punt, l'art. 140.2, del règim aranzelari notarial alemany (KostO) que diu: "Tot Notari ha de cobrar els aranzels fixats legalment, de la mateixa manera i sense excepcions. És fonament essencial de la independència, la imparcialitat i el desinterès personal en l'exercici del càrrec. La llibertat d'elecció del Notari es basa en la confiança i no en raons econòmiques que no els distingeix", reconeixent com a invàlids els acords sobre preus i considerant la competència per preu com estranya al càrrec de Notari, que "no és una indústria", orientat a la seguretat jurídica, règim en què no s'accepta cap mena de limitació ni d'excepció als principis d'imparcialitat i d'independència que directament inspiren l'aranzel.

Com a corol·lari, es podria afegir que l'aplicació voluntària pels Notaris de l'aranzel de màxims com a mitjà habitual de competència, arribaria a justificar en un futur davant la societat o els grans operadors i, en particular, els financers la seva implantació progressiva a tota l'activitat notarial en presumir la seva capacitat per assumir unilateralment una reducció aranzelària com representativa del preu límit de funcionament de la funció notarial i que trobaria la seva justificació més decedadora en la idea de considerar l'aranzel fix actual com un "privilegi corporatiu", error estratègic que entenc que no serà possible evitar si en persisteix la implantació, o fins i tot, des d'un altre punt de vista, arribar a preveure la possibilitat de l'atribució de determinades funcions a altres operadors jurídics pel simple i únic fet de resultar més econòmics.

I finalment, cal assenyalar que, tot i que es reconeix com d'interès general econòmic el principi de lliure competència exclosa qualsevol restricció no reconeguda legalment, sorgeix una contradicció conceptual entre aquesta i el principi d'imparcialitat que ordena l'exercici de la funció notarial ja que és pública i exercida com a tal pels funcionaris que la tenen atribuïda, ja que la seva actuació amb criteris de competència comercial per raó del preu afectaria, encara que fos indirectament, l'observança d'un principi que no és ponderable. A més, irònicament, el reconeixement objectiu de l'eficàcia com d'homogeneïtat uniforme reduiria la publicitat, si és el cas, precisament al preu com a element diferenciador.

Hi concorren, doncs, dos principis de naturalesa i àmbits incompatibles en una irreductibilitat que ha de portar a l'exclusió de la competència comercial en qualsevol de les seves manifestacions en l'exercici notarial perquè, en aquests supòsits, és preponderant el principi constitucional d'imparcialitat.

2. LA VISIÓ DE LA FE PÚBLICA COM A COMPETÈNCIA REGULADA D'OFERTA

a) La seva justificació com a servei públic

La fe pública extrajudicial constitueix un servei de contingut jurídic atribuït de forma independent a determinats funcionaris públics per delegació especial de l'Estat que, pel seu caràcter públic, s'exerceix en règim de competència regulada, sense que es pugui considerar una activitat econòmica d'interès públic, que opera com un sistema organitzatiu d'interès social.

Aquesta aparença de competència regulada en l'exercici d'una funció pública, derivada de l'autoritat de l'Estat i operativa en el sector privat, s'estructura establint un nombre determinat de funcionaris i ordenant-ne la distribució territorial sota els principis de suficiència i d'eficàcia social, cosa que crea una aparença de limitació formal de competència de mercat, atesa la seva uniformitat en raó de la finalitat pública de la seva prestació, que es concreta en demarcacions de competència funcional. Així es pretén evitar que prevalguin actuacions de mercat centrades en valoracions d'oportunitat excloents de zones d'escassa activitat econòmica i com a mitjà de com-

pensació en la correlació legal d'obligatorietat de prestació de funció pel Notari com a òrgan públic que participa en el concepte de jurisdicció voluntària i l'àmplia llibertat d'elecció per l'usuari. Amb tot, en cap cas, per això es pot establir una relació directa entre la determinació del nombre de Notaris i la llibertat d'elecció com a fórmula que busqui propiciar un estímul de competència econòmica, lògica que, projectada sota aquest prisma, portaria a un increment indeterminat de Notaris fins a un límit que marcaria el mateix mercat, indiferent a la funció social assignada, sinó d'equilibri marcat pel Govern basant-se en les Memòries presentades per a l'optimització i l'eficàcia del servei i l'obligatorietat de la prestació i la suficiència d'un aranzel com a preu públic. D'aquesta manera, el reconeixement d'aquesta facultat d'elecció neix, en aquest sentit, essencialment del caràcter independent i responsable amb què es presta un servei públic d'aquesta naturalesa, tal com recull l'art. 1, paràgraf 2n de l'RN, en afirmar que "El Notariat gaudirà de plena autonomia i independència en la seva funció", en el qual l'element decisor de la seva elecció serà sempre la seva eficàcia en resultar l'únic mitjà idoni de competència, sense incórrer en conceptes de lliure mercat exigents de la màxima eficiència en l'assignació de recursos operatius. En resum, la competència delegada s'imposa com a garantia d'eficàcia en la prestació i el control del seu exercici.

b) La competència d'oferta com a activitat no empresarial

La visió de la fe pública notarial com un servei d'oferta regulat que pogués arribar a identificar-se amb alguna de les característiques de monopoli econòmic que imposa al mercat posicions dominants ja sigui regulant interessadament factors de producció com manipulant preus no respon a la seva condició de prestació d'un servei públic funcional en l'establiment d'un marc específic de llibertat la finalitat del qual és evitar assignacions de recursos que resultin ineficients socialment.

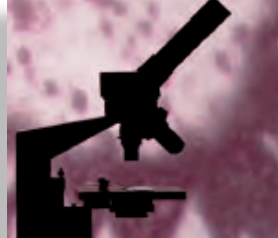
El Notariat no respon a un sistema organitzatiu de capital i de treball des d'una perspectiva econòmica per a l'obtenció de beneficis com a empresa, sinó a la prestació organitzada d'un servei públic independent ja que s'exerceix fora de l'estructura jeràrquica de l'Administració. Aquesta requereix una delimitació legal de la juris-



dicció funcional, on la darrera finalitat és l'exercici eficaç d'una funció pública en la qual la competència ni s'empara en criteris de mercat ni respon estrictament a termes d'eficiència empresarial.

L'adequació de l'aranzel com a sistema de retribució econòmica d'una funció prestada en règim especial d'oferta es justifica perquè concorren característiques de rigidesa en l'oferta de la fe notarial derivada del *numerus clausus* notarial, la territorialitat i la mateixa homogeneïtat del servei, que tendrien per ells mateixos a imposar preus a la baixa en un règim de lliure competència, per l'impacte d'aquestes característiques, de manera que la imposició legal d'un preu fix, mitgador d'aquest efecte, reconduïx la competència al factor d'eficàcia cosa que garanteix l'impuls de la qualitat del servei. L'èpica del benefici professional queda en tot cas supeditada a l'ètica funcional en el seu exercici públic.

El preu pot ser considerat com l'expressió d'una magnitud de eficiència externa dels recursos econòmics implícits en el procés de prestació del servei notarial, mentre que l'eficàcia és una magnitud intrínseca d'aquest en què el preu no és un element essencial sinó d'utilitat consubstancial al seu caràcter públic, de manera que un preu fix impost administrativament replica la rigidesa de les dues corbes en un punt que marca el Govern, d'acord amb l'interès comú i orientat a l'autonomia i independència d'una funció. És per sota d'aquest punt en el qual l'aranzel de màxims crea un



règim de competència singular entre Notaris basat exclusivament en el preu, cosa que genera una competència anòmala que no es correspon amb la coherència inherent al sistema.

A més, com ja s'ha assenyalat, el caràcter públic de la fe notarial exercida en règim d'oferta regulada funcional exigeix així mateix l'exclusió del preu com un element d'aquesta, en haver de permetre l'autonomia i la independència del seu exercici, de manera que l'aranzel ha de ser suficient per cobrir com a màxim els costos de funcionament de les oficines notariales i, a més, la retribució dels seus funcionaris, a la qual queda atribuïda una condició secundària en l'afectació de l'aranzel, reconeixent-li la seva variabilitat i fins i tot possible incursió en dèficit, ja que no preval l'interès sinó la responsabilitat.

La competència funcional queda, doncs, com una compensació circumscriu a estimular l'optimització de la prestació mitjançant una actuació tècnica eficient que supleixi possibles ineficiències intrínseques, de manera que una reducció de retribucions econòmiques a causa de l'aplicació de l'aranzel de màxims que impliqui una reducció real d'ingressos necessaris per cobrir el desenvolupament d'una mateixa activitat d'acord amb el càlcul administratiu de cost màxim per garantir el funcionament de l'oficina notarial altera en termes negatius aquesta eficiència, la qual cosa reconduïx l'actuació material a la permanència de sistemes obsolets i inadequats i, en general, a la ineficàcia.

La competència notarial serà, en tot cas, una competència mediatitzada no només per les limitacions reglamentàries, sinó també perquè funciona sota un règim singular d'oferta que no permet les manifestacions naturals de la lliure competència de mercat. En aquest sentit la Llei 17/2009 sobre lliure accés a les activitats de servei i el seu exercici i la finalitat de la qual, com el seu títol indica, és facilitar el lliure establiment i la prestació de serveis i evitar les restriccions d'aquest mercat, exclou expressament en l'art. 2 els Notaris de la seva regulació, ja que en l'exercici de la seva funció no concorren les circumstàncies de llibertat d'establiment, publicitat o associació atesa la seva condició de funcionaris públics que exerceixen "activitats que suposin l'exercici d'una autoritat pública", en sintonia amb el concepte sustentat pel Dret vigent en altres països de la UE, restriccions que la fan incompatible amb el règim de lliure competència.

CONCLUSIÓ

La projecció de criteris de mercat utilitzant analogies econòmiques en l'anàlisi de l'activitat notarial no integra en la seva complexitat la seguretat d'un sistema jurídic regulador del Dret privat, en què l'interès social es distancia de la pura eficiència econòmica com un interès públic que ha de ser preservat per l'Estat de forma conseqüent.

La competència funcional queda, doncs, com una compensació circumscriu a estimular l'optimització de la prestació mitjançant una actuació tècnica eficient que supleixi possibles ineficiències intrínseques.

De fet, darrere el concepte d'un mercat perfecte liberalitzat com a determinant en la consecució de graus d'eficiència, s'empararan interessos econòmics que busquen imposar-se en la consecució no d'una seguretat jurídica, sinó resultats econòmics que, tot i que produeixen evidentment efectes estabilitzadors en el sistema, pateixen d'avantatges socials comparatius, ja que la mateixa desregulació incrementa el risc futur per la incertesa que resultarà insostenible en situacions de crisi.

La confrontació entre sistemes liberals i els de seguretat jurídica preventiva, aduint, per part d'aquests, agilitat i menors costos en l'operativa contractual, troba resposta en una realitat de certesa jurídica i de socialització de beneficis per responsabilitat social. És el paradigma d'una racionalitat d'eficiència econòmica radical davant la confiança en una fe pública extrajudicial com a eix d'un sistema de seguretat jurídica preventiva.

La transcendència reguladora de l'aranzel imposa una exclusió definida de la seva mercantilització no només perquè suposaria preconcitar una modificació substancial de la funció notarial, sinó perquè desvirtua l'abast del principi de lliure elecció de Notari que exigeix, en la prestació de la seva funció, una imparcialitat que integri la neutralitat aranzelària.

VII. LA INCOHERÈNCIA ARANZELÀRIA I ELS SEUS EFECTES

a) La incoherència funcional

Mentre que pel RD 6/1999, de 16 d'abril, de mesures urgents de liberalització i increment de competència, s'estableix el caràcter de màxim per als aranzels derivats de la intervenció de les pòlisses mercantils, la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, per la qual s'estableix el règim disciplinari dels Notaris, en la lletra c de l'apartat B, de l'art. 43, Dos, declara com a infracció greu: "Les conductes que impedeixin prestar amb imparcialitat, dedicació i objectivitat les seves obligacions o que posin en perill ... la independència necessària per a l'exercici de la seva funció", donant lloc, al meu entendre, a una incoherència entre els requisits deontològics de la norma disciplinària i la facultat atribuïda als fedataris públics per aplicar en la seva actuació "els descomptes que estimin pertinents", ja que el rigor conceptual d'imparcialitat que exigeix l'esmentada norma pot quedar alterat tant pel mateix concepte de la negociació retributiva com pel requisit de dedicació integral debilitat per una numeració excessiva o per l'objectivitat en incidir els interessos econòmics en la funció.

En aquest sentit la Direcció General del Notariat en la seva Resolució de 28/12/2006, afirma que "a través de l'aranzel l'Estat garanteix al ciutadà la ... intervenció notarial a un preu preestablert" i "la seva condició

de mínim ... garanteix al ciutadà la qualitat del servei ...", en els quals incompliment d'aquests principis "afrontarien frontalment a la prestació del servei i a l'interès públic ... deixant en posició de desavantatge al Notari que complís adequadament la seva funció ... prestat el servei sense seleccionar en funció de la retribució aranzelària..." Afegeix, respecte al descompte aranzelari que "l'aranzel en el seu vessant de mínima percepció ... s'orienta primordialment a la concurrència i la competència notarial cap a l'excel·lència ... en la imparcialitat ... en la seguretat del tràfic jurídic i el foment constant en la prestació de la funció pública notarial, a un cost que l'Estat considera adequat per cobrir les despeses de funcionament i de conservació de l'oficina notarial, inclosa la retribució professional..."

Aquesta Resolució posa en relleu de manera flagrant la incoherència dels diferents criteris que coexisteixen en la retribució d'una mateixa funció segons la diversitat formal dels instruments públics notarials, en concret l'escriptura pública i la pòlissa mercantil, i revela de forma clara el seu abast en reflectir la capacitat que atorga en la seva aplicació l'aranzel de màxims per separar-se dels principis defensats en aquesta Resolució i que, precisament, són els que resulten transcendents en la concreció del mateix concepte de la funció notarial, ressaltant el problema fonamental derivat de la regulació actual: la seva contradicció implícita.

Les circumstàncies assenyalades poden donar lloc a situacions de desequilibri en la competència funcional en aplicar en determinats supòsits condicions desiguals per a prestacions equivalents previstos per l'art. 1.1.d de la LDC, ja sigui per obtenir serveis en pitjors condicions els uns que els altres, creant situacions de desavantatge competitiu, ja sigui per ser actes contraris a una ètica exigible en no haver-hi causes objectives i rellevants que justifiquin un tracte diferent, obviant el principi d'igualtat que pot esdevenir en aquests casos una metàfora del principi de justícia. Tot això partint d'una homogeneïtat del producte en què es basa una confiança objectiva, per la seva naturalesa pública i valor legalment reconegut, al qual hauria de correspondre una uniformitat de preus.

Confirma aquest criteri els *Principles of Notarial Ethics*, "Princ. 4.2 (17.04.2004) on s'afirma, entre altres, referint-se a l'aranzel



zel aplicable, que: 1. El Notari no pot oferir una tarifa diferent de les fixades per l'Administració, ja que, com que és un servei públic, els preus han de ser assequibles. 2. L'aranzel fix li dona independència. 3. Consolida la confiança de les parts. 4. Dona llibertat d'elecció: tots els Notaris cobren el mateix."

Tampoc no hi ha coherència quan una conducta notarial és reprovable si infringeix l'aranzel per defecte o per excés en el preu adduint que aquesta conducta suposa una possible pèrdua d'imparcialitat i, en canvi, no ho és quan s'aplica el de màxims perquè es tracta d'una intervenció de pòlisses en la qual només se sanciona l'excés, quan el deure constitucional d'imparcialitat en l'exercici de funcions públiques, insistentment recordat per la jurisprudència, és genèric i la seva forma documental ha de ser intranscendent a aquest efecte.

La mateixa unilateralitat del Notari exclou en les seves decisions una justificació objectiva en la determinació del preu aplicable, de manera que qualsevol usuari que pogués sentir-se afectat per discriminació en la seva determinació podria reclamar un tracte equivalent emparat en el principi d'igualtat per un mateix servei implícit en la prestació de serveis públics.

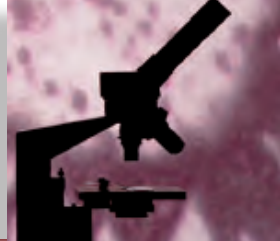
A més, aquesta incoherència que provoca l'aranzel de màxims és la que permet pràctiques comercials amplificades difícilment assimilables, encara que en la seva defensa

es pugui adduir puntualment la legalitat vigent, que suposadament sembla que les exclou del deure d'ètica integral que exigeix la disciplina notarial, en donar-los de forma indirecta un valor de "plus comercial" de l'activitat notarial com un mitjà d'atracció que recau sobre altres operacions subjectes a preu fix.

Si les bases que inspiren l'establiment d'un aranzel fix, a part de la fonamental de garantir la independència funcional del Notari, base del seu caràcter, són:

- i) l'equilibri funcional, que proporciona a l'activitat notarial donada un nombre determinat de funcionaris que la serveixen.
- ii) la seva neutralitat, tant subjectiva en la lliure elecció del Notari per eficàcia com objectiva en les formes documentals.
- iii) l'interès general que procura en fomentar l'ús del servei cobrint necessitats socials percebudes.
- iiii) la seva regulació legal mitjançant normes determinatives i sancionadores.
- iiiii) la competència per eficàcia, exclouent el preu que ha de ser fix per a tots els serveis,

es pot establir un paral·lelisme amb les que es poden deduir de l'esmentada Resolució de la DGRN de 28.12.2006, orientades a la consecució de la qualitat i l'eficàcia del servei, l'absència de les quals afectaria l'interès general, i l'excel·lència de la professió



quedaria sotmesa a la determinació d'una competència imparcial, la mateixa antinomia conceptual de la qual resol amb la defensa d'un aranzel fix preestablert pel Govern amb el qual lliga la finalitat de la funció amb la seva forma d'exercici, exclouent que per raons de preu pugui patir desavantatge el que compleixi íntegrament els seus requisits i tot això sota el principi general de sostenibilitat de la funció recollida en la DA 3a de la LTPP.

Per la seva banda, la nota informativa de la Sotssecretaria General d'Estudis i Plans d'Actuació del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç sobre el Pla de Dinamització de l'Economia Espanyola, de novembre de 2005, quan es refereix als Serveis Professionals subjectes a aranzel, reflectint l'acord del Consell de Ministres de 25 de febrer de 2005 de creació d'un nou aranzel, assenyalava que aquest ha d'estar orientat a aconseguir més cotes d'eficiència responnent a una sèrie de principis que, com veurem, tampoc resulten coherents amb el manteniment d'una política comercial derivada de l'aranzel de màxims o descomptes.

-El principi de proporcionalitat, pel que fa al servei prestat, que no resultaria verificable quan l'aranzel pot ser variable per a un mateix servei.

-El principi de calculabilitat del seu cost, cosa que no seria possible si està subjecte a negociació prèvia, variable i aleatòria en funció del Notari.

-El principi d'imparcialitat, com a garantia d'independència dels funcionaris, que seria incompatible amb un règim de competència comercial.

-I, finalment, el principi de verificabilitat, per ser comprovable i transparent en el seu càlcul, que quedaria directament anul·lat per la mateixa opacitat del sistema propi d'un aranzel "privatiu", ja que els preus especials no són objecte de publicitat encara que remunerin un servei públic.

Aquesta contradicció entre aranzel fix i aranzel variable, denominació descriptiva de la seva operativa real, exclou l'*analogia iurispròpia* d'un sistema de retribució d'una funció que atén una mateixa finalitat pública aliena a la naturalesa formal dels instruments amb què es presta i la màxima expressió d'incoherència la podem trobar en el fet que la formalització d'un contracte de la mateixa naturalesa jurídica, per exemple un préstec mercantil bancari, en escriptura o en pòlissa, pugui reportar un aranzel fix o variable, respectivament. Actitud bipolar que tensa la rigidesa aranzelària en perjudici de l'eficàcia d'una funció immersa en un procés de seguretat jurídica.

I, finalment, com a exemple màxim d'aquesta absurda incoherència s'ha de ressaltar el supòsit de les pòlisses desdoblades en què, per les seves pròpies característiques, han d'intervenir diferents Notaris, els quals a l'empara d'aquesta condició aranzelària poden cobrar, dins una mateixa operació i pels mateixos supòsits negocials, im-

ports diferents als diversos intervinents, en una ostentació de tracte discriminatori sense justificació possible. No crec que sigui necessari imaginar l'opinió dels desfavorits en el tracte rebut del seu Notari intervinent i del Cos en general.

b) La dubtosa qüestió de la seva constitucionalitat

La disposició legal per la qual s'atribueix la condició de màxim a l'aranzel aplicable a la intervenció notarial de pòlisses mercantils, és, al meu entendre, de constitucionalitat incerta en poder sostenir-se que la seva aplicació sigui limitadora en alguna forma de les garanties que ordenen el compliment de l'obligació d'imparcialitat que l'art. 103.3.CE exigeix als funcionaris públics en establir que "La llei regularà l'estatut dels funcionaris públics ... i les garanties per a la imparcialitat en l'exercici de les seves funcions", la qual podria resultar vulnerada per la incongruència del contingut de competència econòmica immers en aquesta norma amb el caràcter públic de la realitat jurídica que pretén regular, en afectar la mateixa essència de la institució notarial, la seva imparcialitat, adquirint aquest fet condicions de rellevància suscitada a l'empara del seu ús.

En la interpretació normativa, tot i que la imparcialitat com a deure constitucional que afecta l'exercici d'una funció pública hauria de constituir l'únic criteri objectiu en la determinació de l'abast de la norma reguladora de l'aranzel, el contrasentit neix de la coexistència de la imparcialitat com a deure legal i la imposició d'un règim de competència a través de la norma que adquireix la condició de determinant en la justificació del seu abast, com *ratio legis* d'una economia liberal imperant, recaient simultàniament les dues exigències sobre l'exercici d'una mateixa funció, ja que, si d'acord amb l'apartat 1 de l'art. 103, de la CE: "L'Administració Pública serveix amb objectivitat els interessos generals i actua d'acord amb el principi d'eficàcia", també imposa amb aquesta finalitat, en el seu apartat 3, l'exercici imparcial de les funcions públiques atribuïdes.

Dins aquesta sistemàtica de l'ordenament jurídic, assentat en la lògica de compatibilitat de les normes que l'integren sota una de superior que es troba en la mateixa Constitució, el conflicte sorgeix quan s'imposen obligacions contradictòries entre si,

derivades de les mateixes normes o respecte de la norma fonamental, cas en què es podria dubtar de la validesa de la norma no compatible. Tot i que la norma superior i la inferior s'integren en un sistema jurídic ordenat constitucionalment, la valoració dels principis que emmarquen els seus respectius jurídics enunciats entra en confrontació evident en què hauria de prevaler la norma superior, en aquest cas els principis enunciats constitucionalment d'igualtat i d'imparcialitat que podrien ser vulnerats. Així, un canvi de l'estructura normativa d'un sistema regulat d'acord amb aquells principis que l'inspiren pot provocar alteracions, en no respondre de forma congruent a aquests, en l'observança dels deures d'imparcialitat i d'independència, trencant alhora la integritat aranzelària i funcional necessària en l'exercici d'una única funció, la fe pública, per raó de la classe d'instrument públic.

De fet, una coherència sistemàtica oscil·laria entre els aspectes que marquen un aranzel lliure propi dels sistemes desregulats de plena llibertat econòmica, en què, tot i que la raó de les lleis és el bé comú, és la utilitat la que les ordena, o un aranzel fix propi dels sistemes reguladors per la transcendència social de la funció, en què les solucions intermèdies incorren, com sostenim en aquesta anàlisi, en contradiccions no només funcionals, sinó també respecte de la mateixa naturalesa de la funció notarial.

L'exigència d'imparcialitat que s'imposa com a premissa de l'exercici de les funcions públiques posa en relleu el problema de la condició de funcionari públic de Notari, resolta afirmativament per l'art. 1 LN, en què, en conseqüència, l'exercici de la seva funció queda subjecte a la norma constitucional, de manera que el deure subjectiu d'imparcialitat es contraposa a normes que, podent ser vàlides per si mateixes, poden deixar de ser-ho en la seva aplicació si s'interrelacionen amb el supòsit previst, ja que en néixer la imparcialitat i la igualtat del mateix concepte de justícia, exigeix al funcionari públic una conducta activa en la seva observança i, de forma especial, al Notari ja que actua de forma independent en l'exercici de la seva funció.

c) Possibles efectes distorsionadors derivats de l'aplicació d'un aranzel de màxims

Els efectes de la competència emparada en l'aranzel de màxims, en derivar-se de la

incoherència d'un sistema que contradiu els principis rectors que informen el desenvolupament de l'aranzel notarial, poden provocar en la pràctica determinats efectes distorsionadors que podrien arribar a ser considerats manifestacions no desitjades d'una possible conducta deslleial.

Així, amb caràcter general podríem enumerar els efectes següents:

a) El caràcter subreptici, que emana d'una subhasta a la baixa realitzada en condicions d'opacitat, ja sigui perquè el mateix usuari es dirigeixi en la negociació de forma aleatòria a diverses notaries o pel caràcter reservat d'aquests tractes, provocant una volatilitat de criteris en la formació de preus retributius d'una funció pública.

b) La discriminació, derivada del tracte desigual per a situacions equivalents.

c) La reducció d'eficàcia en la seva aplicació, en afectar la neutralitat operativa.

d) La privatització parcial de l'aranzel, que permet acumular beneficis a favor de determinats operadors mentre es redueixen els ingressos globals.

e) Una desregulació aranzelària efectiva en la seva faceta formal, en adquirir per sota del límit de màxim una funció merament orientativa.

f) Actituds negociadores expressament excloses de l'actuació funcional per l'exigència d'imparcialitat, en introduir un factor de vulnerabilitat en una actuació pública.

g) Incongruència, en sostenir criteris de retribució oposats en l'exercici de la mateixa funció que afecta el concepte d'unicitat de la fe pública extrajudicial.

h) Imatge d'imprevisibilitat en els criteris de l'Administració, en establir el cost màxim precís per al sosteniment de les oficines notaries per liberalitzar-lo després a la baixa de manera indeterminada.

i) Sensació puntual de possible abús de dret, en establir a l'empara d'una norma legal diferents preus per a les mateixes operacions, confont el criteri d'igualtat pressuposat pels usuaris.

A més, els preus aranzelaris públics estan determinats per una memòria econòmica i financera elaborada per l'Administració Pú-

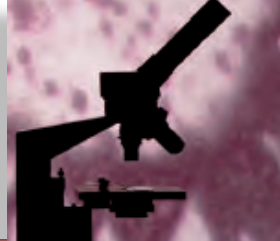


blica, per la qual cosa no es pot entendre l'establiment d'un preu de màxims en traslladar la valoració dels costos econòmics de la funció a criteris oportunistes, obviant d'aquesta forma la seva apreciació pública en ser acordat *inter parts*.

D'altra banda, convé assenyalar que la mateixa naturalesa del caràcter de màxim de l'aranzel crea oportunitats d'omissió d'informació complementària per part del Notari referida al cost aranzelari que el mateix deure de diligència imposa a l'usuari en quedar limitada a la publicada oficialment, la qual cosa podria influir en la presa de decisions per aquest dins un "mercat notarial" arbitrari que fomenta la liberalització de l'aranzel.

Tot això planteja un dilema singular en l'actuació notarial que, tot i que no pugui arribar a qualificar-se com un *dolus bonus* que incidis directament en el compliment de les seves obligacions en ajustar-se a dret, pot afectar singularment l'estètica d'uns valors prevalents que, consolidats socialment, es manifesten de forma habitual en una praxi deliberada de l'actuació imparcial i exercici independent de la funció notarial, amb la qual s'ha donat una imatge de forma habitual apreciada intuïtivament per una societat que és especialment exigent i sensible a l'exercici correcte de l'activitat notarial.

En aquest sentit cal ressaltar que la realitat que deriva de les relacions humanes no ha estat mai objectiva, per la qual



cosa ha necessitat un disseny regulador ordenat que serà reflex constitutiu d'una moral integrativa estabilitzada socialment que projecta un concepte històric de justícia, en què les actituds personals determinen una actitud ètica específica que serà socialment percebuda com a tal, sense oblidar en aquest sentit que conceptes com ordre i igualtat són susceptibles de ser interpretats diferencialment en funció d'una època, amb significats específics, com ja va assenyalar el fundador de l'escola filosòfica del positivisme lògic Schlick "la formulació de les normes no és altra cosa que la determinació del concepte del que és bo, el coneixement del qual una ètica emprèn", en la qual el "bé" neix d'una raó social determinada pel moment històric les normes del qual formulen l'ètica de l'haver de ser.

Ja no es tracta, doncs, de la possibilitat en què incorre l'aranzel de màxims de donar una imatge d'abús de dret per la manca de transparència en permetre la percepció de retribucions diferents per servei equivalent sense un interès social aparent, sinó del mateix fet dels efectes que el sistema genera en una funció integrada en el procés de seguretat jurídica la garantia del qual s'imposa al principi de competència. Així si el notari actua en règim de lliure competència, l'única ortodòxia del qual seria el límit de màxims, suggereix una imatge d'actuació interessada limitadora dels principis que l'afecten, que s'esbossa genèricament pels efectes d'una política econòmica liberal al servei d'interessos particulars en un àmbit

general del que s'exclou expressament el que regula la funció pública.

El que s'ha exposat succintament es tradueix en una projecció pública del notariat difusa atesa l'ambigüitat de les actituds personals que puguin adoptar els seus components en un escenari de competència comercial i en una ètica afeblida en usar criteris dispars o contradictoris per a actes idèntics, modificant el concepte d'integritat en la seva acció, el reflex de la qual pot mostrar en l'apreciació social i particularment en la dels operadors jurídics i econòmics en termes negatius ja que la confiança en l'aparença constitueix una exigència de l'exercici de la funció. De fet, la interrelació de l'ètica, determinada per l'interès general que es manifesta en el social en l'actuació imparcial, formal i substantiva del Notari, l'estètica, com a apreciació intuïtiva de la imatge socialment projectada, i la dinàmica, emmarcada en els límits de la seva eficàcia legal, determinen la deontologia, "l'haver de ser", de l'exercici públic d'una funció sota una ètica definida activament que se superposa a l'aplicació pràctica del dret.

En síntesi, el preludi estètic de l'activitat notarial sempre es projectarà sobre la seva ètica intrínseca, encara que aquesta resulti clarament definida i el seu concepte consolidat en l'implícit progrés de les garanties jurídiques, per la qual cosa el Notari en la seva dinàmica sempre ha de ser subjecte de la seva funció, subjectivitat reflexiva, i no objecte, instrument, d'aquesta.

CONCLUSIONS FINALS

Amb la regulació aranzelària actual s'ha impulsat una tendència liberalitzadora de l'activitat notarial mitjançant la competència comercial amb l'argument d'incrementar-ne l'eficiència econòmica, i ha adquirit una rellevància especial l'impacte de la desregulació activa de l'aranzel aplicable a les pòlisses mercantils, que no s'adapta, al meu parer, als principis d'independència i d'imparcialitat de fe pública extrajudicial que en defineixen la identitat i emmarquen l'exercici personal d'una funció pública delegada per l'Estat.

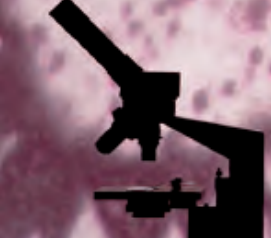
El règim de competència que neix del principi de lliure elecció de Notari ha de ser de naturalesa imparcial centrant-se en l'eficàcia entesa en termes de qualitat de servei.

El que s'ha exposat succintament es tradueix en una projecció pública del notariat difusa atesa l'ambigüitat de les actituds personals que puguin adoptar els seus components en un escenari de competència comercial i en una ètica afeblida en usar criteris dispars o contradictoris per a actes idèntics.

Un aranzel fix i transparent no solament permet consolidar l'observança de l'obligació constitucional d'imparcialitat en la prestació de la fe pública en què qualsevol desviació suposaria una modificació significativa de la seva naturalesa, sinó, a més, valorar la competència regulada d'oferta com funcional i eficient en el compliment de cobertura de costos operatius de les oficines públiques, assegurant-ne la independència i una llibertat efectiva en l'exercici del dret de lliure elecció de Notari pels usuaris.

La llibertat aranzelària, pels seus possibles efectes adversos, esdevé un factor desestabilitzant en la prestació eficaç d'una funció sotmesa a una regulació específica per la seva responsabilitat pública.

Recolzant-me en aquests criteris i en els raonaments i les conclusions exposats al llarg d'aquest treball, entenc que l'aranzel notarial, a més de constituir la garantia de l'autonomia i la independència en la prestació de la fe pública extrajudicial sobre la



base del que estableix la DA 3 de la LTPP de determinació d'un nivell que permeti la cobertura de les despeses de funcionament i de conservació de les oficines públiques notariales, inclosa la retribució dels funcionaris públics que les serveixen, hauria, mitjançant un sistema de retribució fixa en què efectivament concorrien els principis que n'inspiren la regulació, permetre que s'imposi en totes les seves facetes la regla d'elecció de Notari pel client exclusivament per la qualitat com a norma de competència efectiva, amb la finalitat exclusiva d'optimitzar el servei per l'exigència d'eficàcia, ressaltant la primacia de la imparcialitat com a valor inqüestionable en la consecució d'un interès social, la seguretat jurídica, prescindint de sistemes mixtos o transaccionals modificatius de la seva naturalesa.

BIBLIOGRAFIA

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 predictibilidad de las decisiones judiciales". *Revista Ius et Praxis*, versió online, 2009.

GARRIDO MELERO, Martín. *La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual*. Consejo General del Notariado. 2004.

GAUPP, Rolf. "La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual", XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Ponència de la Delegació Alemanya. BNotK, 2003.

GOMÁS ALCEDO, 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*. CIS-SComunicación, n.º 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*, n.º 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*, n.º 107. 1980.

"De nuevo sobre la inescindibilidad notarial". *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 21, 1997.

RUEDA MARTÍNEZ, Miguel Angel. "La función notarial en la economía del mercado". *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, 1998.

NOTA

(1) Entre altres, Sent. TSCA 19-6-2008.

La protecció de dades i la prevenció del blanqueig de capitals en la cinquena Directiva

Alfonso Ortega Giménez

Professor contractat . Doctor en Dret internacional privat
Universitat Miguel Hernández d'Elx

Juan José Gonzalo Doménech

Consultor legal i de seguretat
UBT Compliance

Sumari

I. Introducció

II. Principals novetats introduïdes pel nou règim de protecció de dades

- A) El registre d'activitat
- B) Informació a l'interessat
- C) Principis relatius al tractament
- D) Bases de legitimació del tractament
- E) Mesures per a l'exercici dels drets dels afectats
- F) El contracte d'encàrrec de tractament
- G) Mesures de responsabilitat activa
 - a) Mesures de seguretat
 - b) Trencaments de seguretat
 - c) Avaluacions d'Impacte sobre la Protecció de Dades
- d) El Delegat de Protecció de Dades (DPD)
 - i) Designació obligatòria
 - ii) Funcions del DPD
 - iii) L'AIPD i el DPD

III. La Directiva 2018/843/UE i les implicacions en la protecció de dades

- A) La titularitat real en les societats
- B) La titularitat real en els fideïcomisos

IV. Reflexions finals

I. Introducció

La lluita contra el blanqueig de capitals és una de les prioritats de la Unió Europea. Això es reflecteix en les cinc Directives de prevenció del blanqueig de capitals i la Directiva contra el blanqueig de capitals des del Dret penal (directives 2005/60/CE, 2008/20/CE, 2010/78/UE, 2015/849/UE, 2018/843/UE i 2018/1673/UE). En aquesta matèria, no podem dubtar de la gran implicació que suposa el tractament de les dades personals per al compliment dels objectius de la Directiva, amb finalitats de recerca, registre o aplicació de mesures de diligència.

Des del 25 de maig de 2018 és d'aplicació el Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades, RGPD). Des d'aquesta data totes les empreses s'han d'haver adaptat a les noves exigències que s'estableixen; és a dir, conèixer els nous drets que han de proporcionar com a responsables de dades davant els

interessats propietaris d'aquests i complir les noves obligacions.

El Reglament és una norma d'abast general i amb tots els seus aspectes obligatoris. La nova normativa europea modifica el règim actual i afegeix noves obligacions que els responsables han de tenir en compte i aplicar-les segons les seves pròpies circumstàncies, seguint en tot moment el principi de responsabilitat proactiva o "accountability", derivat de la legislació anglosaxona.

El 5 de desembre de 2018 es va promulgar la Llei orgànica 3/2018, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD), que completa les disposicions obertes que el mateix RGPD va deixar, i que adapta el nou règim de protecció de dades a les singularitats nacionals.

L'aprovació de la cinquena Directiva de prevenció de blanqueig de capitals (Directiva 2018/843/UE) és la primera promulgada després de l'entrada en vigor de l'RGPD i adapta la legislació sobre prevenció de blanqueig de capitals a la nova realitat de la protecció de dades europea.

I. Principals novetats introduïdes pel nou règim de protecció de dades

A) El registre d'activitats de tractament

L'art. 30 de l'RGPD elimina l'obligació d'elaborar i de notificar fitxers a l'autoritat de control, si bé l'empresa que tingui més de 250 treballadors sí que ha de tenir un registre d'activitats de tractament per escrit, de naturalesa interna, però a disposició de les autoritats, el contingut obligatori del qual amplia el dels fitxers de la normativa anterior.

B) Informació a l'interessat

En virtut de l'article 12 de l'RGPD, tota empresa ha de proporcionar a l'interessat informació concisa, transparent, intel·ligible i accessible, en llenguatge clar i senzill, especialment si és un menor d'edat.

La informació s'ha de donar per escrit o per mitjans electrònics, o fins i tot verbalment, si ho sol·licita la persona interessada i és possible acreditar-ne la identitat per altres mitjans.

El dret d'informació conté una regulació pròpia per als afectats que presten les dades directament al responsable (article 13), com també per als afectats dels quals han obtingut les seves dades per un tercer (article 14).

D'altra banda, l'article 11 del LOPDGGD regula l'anomenada informació per capes, on es determina la informació mínima que s'ha de donar en el moment de demanar les dades personals.

C) Principis sobre el tractament

De conformitat amb l'art. 5 de l'RGPD, l'empresa ha de complir una sèrie d'obligacions en relació amb el tractament que faci de les dades personals:

- Tractar les dades de manera lícita, lleial i transparent.
- Recollir les dades amb finalitats determinades, explícites i legítimes, limitant-ne l'ús posterior a aquestes finalitats.
- Demanar únicament les dades que siguin adequades, pertinents i limitades a la finalitat del tractament.



- Mantenir les dades exactes i actualitzades, adoptant les mesures necessàries per a la seva supressió o rectificació sense dilació.

- Mantenir les dades durant el temps estrictament necessari a l'efecte del tractament.

- Tractar les dades de manera que se'n garanteixi la seguretat i la confidencialitat.

La modificació més rellevant rau en la introducció dels principis de licitud i de seguretat, ja que vinculen la legalitat de les dades i del seu tractament al consentiment prestat per l'interessat, el primer, i a l'adopció de mesures de protecció, el segon. Això no suposa la necessitat d'adoptar cap mesura concreta per part de l'empresa, si bé contribueix amb el canvi d'enfocament que la nova regulació pretén implementar.

D) Bases de legitimació del tractament

D'acord amb el principi de licitud del tractament l'empresa ha de tractar les dades en virtut d'una base jurídica que la legitimi. L'article 6 de l'RGPD regula una nova configuració innovadora pel que fa al seu enfocament: en lloc de regular excepcions a la necessitat de tenir el consentiment, les bases de legitimació es formulen de manera positiva.

E) Mitjans per a l'exercici dels drets dels afectats

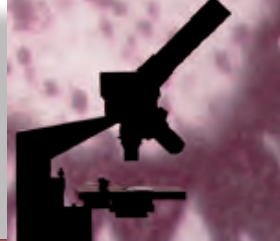
L'RGPD amplia el catàleg de drets dels interessats en relació amb les seves dades personals, i introdueix noves mesures pel que fa a la forma de canalitzar les sol·licituds d'exercici que es presentin a l'empresa. Pel que fa al catàleg de drets, els arts. 15 i següents de l'RGPD recullen els fonaments de la normativa anterior, modifiquen els tradicionals drets ARCO (Accés, Rectificació, Cancel·lació i Oposició) en alguns punts, i introdueixen noves categories de drets de manera expressa.

El o la responsable ha d'habilitar els mitjans necessaris per a l'exercici del dret d'accés pels interessats, als quals ha de facilitar una còpia de les seves dades, que ha de ser en format electrònic si la sol·licitud es presenta per aquest mitjà.

F) El contracte d'encàrrec de tractament

D'acord amb l'article 28 RGPD, l'empresa, com a part del principi de responsabilitat proactiva, ha de ser diligent en l'elecció dels encarregats de tractament i ha de contractar únicament aquelles persones que ofereixin prou garanties per al compliment de les mesures tècniques i organitzatives adequades.

La norma també amplia els requisits mínims del contracte d'encàrrec i estableix un règim imperatiu que ha de tenir cada



contracte que fa incórrer en infraccions per la manca de contingut.

L'RGPD no requereix que s'informi els interessats de la contractació d'un encarregat de tractament, si bé, en nom de la responsabilitat proactiva, això repercuteix en més transparència. En qualsevol cas, els contractes subscrits amb els encarregats del tractament han de revisar i d'adaptar-se a la nova normativa.

G) Mesures de responsabilitat activa

a) Mesures de seguretat

La responsabilitat proactiva de l'empresa no s'ha de limitar a l'establiment d'unes mesures de seguretat determinades. Les mesures que s'han d'aplicar segons una anàlisi de risc sobre la base dels drets i de les llibertats, que poden incloure, entre altres mesures:

- La pseudonimització: tècnica que permet desvincular les dades personals de la persona a la qual identifiquen, que limita la traçabilitat de la identificació, però que permet tornar a vincular les dades i la persona.
- El xifratge de les dades: de manera que impedeixi l'accés a aquestes dades a persones no autoritzades.
- La confidencialitat, la integritat, la disponibilitat i la resiliència permanent dels sistemes i serveis de tractament.
- La capacitat de restaurar la disponibilitat i l'accés a les dades personals:

de forma ràpida en el cas d'incident físic o tècnic.

- El procés de verificació, d'avaluació i de valoració regulars: de l'eficàcia de les mesures tècniques i organitzatives per garantir la seguretat del tractament.

b) Violacions de seguretat

Introdueix una de les novetats més rellevants, prevista en els articles 33 i 34 RGPD, quant al deure que incumbeix tots els responsables de comunicar les violacions de seguretat que es produeixin en els seus sistemes, quan aquests suposin la destrucció, la pèrdua, l'alteració, l'accés o la comunicació no autoritzada, ja sigui accidental o il·lícita, a les dades personals de l'empresa.

L'empresa ha de comptar amb mitjans àgils de detecció i de notificació de les violacions, per tal de minimitzar-ne els riscos, i comptar amb un pla de contingència que permeti d'eliminar els perjudicis potencials com més aviat millor. Així mateix, l'empresa ha de documentar els fets relacionats amb la violació els seus efectes i les mesures adoptades per a corregir-los.

Pel que fa al deure de comunicar les violacions, l'empresa ho ha de notificar, en primer lloc, a l'autoritat de control corresponent com més aviat millor i, en qualsevol cas, en el termini de 72 hores des que s'ha detectat.

c) Avaluacions d'impacte sobre la protecció de dades

L'art. 35 del Reglament regula les avaluacions d'impacte sobre la protecció de dades (EIPD), que permeten analitzar els riscos que un producte o servei pot comportar per a la protecció de dades dels afectats i com gestionar aquests riscos mitjançant l'adopció de les mesures adequades.

d) Delegat de protecció de dades (DPD)

Una altra de les grans novetats introduïdes per l'RGPD és la creació de la figura del delegat de protecció de dades, regulada en els seus articles 37 a 39, la qual serà obligatòria en aquells casos previstos en la norma:

- Quan el tractament sigui dut a terme per una autoritat o organisme públic.
- Quan l'activitat principal del responsable o l'encarregat consisteixi en operacions que requereixin l'observació habitual d'interessats a gran escala.
- Quan l'activitat principal de l'empresa consisteixi en el tractament de dades de categories especials a gran escala.

L'empresa pot designar un DPD intern o extern, atenent les seves qualitats professionals, si bé no cal que sigui jurista, encara que sí que ha de tenir formació especialitzada.

El DPD ha d'assessorar l'empresa en tot allò relatiu a la normativa de protecció de dades i actuar com a punt de contacte per als interessats i les autoritats de control, de manera que ha de comptar amb autonomia en la seva gestió i amb els recursos necessaris per dur-ho a terme.

El DPD cobreix la necessitat de les empreses de comptar amb l'ajut d'una persona amb coneixements especialitzats en la pràctica de protecció de dades personals, i és la figura que ret comptes davant el compliment de la normativa.

i) Designació obligatòria

El nomenament d'un DPD dins de tota organització no és obligatori, i l'art. 37.1 de l'RGPD estableix tres supòsits específics en els que sí que ho és. Aquests tres casos són:

- Quan el tractament el porta a terme una autoritat o organismes públics;

- Quan les activitats principals del responsable o l'encarregat del tractament consisteixen en operacions de tractament que requereixen el seguiment regular i sistemàtic dels interessats a gran escala, o

- Quan les activitats principals del responsable o l'encarregat del tractament consisteixen en el tractament a gran escala de categories especials de dades o dades personals relacionades amb condemnes i delictes penals.

La LOPDGDD regula un catàleg de subjectes obligats que han de nomenar un DPD en l'article 34.1, entre els quals es troben les entitats que contenen fitxers regulats per la legislació de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme.

Si una organització no està obligada a nomenar DPD, pot nomenar-lo igualment de forma voluntària, seguint els mateixos requisits exigits pel que fa a la designació, càrrec i funcions. S'ha de nomenar un DPD quan el tractament el porti a terme una autoritat o organismes públics. No hi ha obligació de designació en les organitzacions privades que duguin a terme tasques o exerceixin autoritat pública i l'activitat de les quals cobreixi també totes les operacions de tractament portades a terme, incloses les que no estan relacionades amb l'exercici d'una tasca pública o l'exercici d'una funció pública.

El segon supòsit que dicta l'RGPD per a la designació obligatòria d'un DPD és quan les activitats principals del responsable o l'encarregat del tractament consisteixen en operacions de tractament que requereixen una observació habitual i sistemàtica d'interessats a gran escala.

ii) Funcions del DPD

Les funcions que, com a mínim, ha de dur a terme el DPD són les següents:

- a) Informar i assessorar el responsable o l'encarregat del tractament i els treballadors que s'ocupin del tractament sobre les obligacions que els incumbeixen en virtut de l'RGPD i d'altres disposicions de protecció de dades de la Unió o dels Estats membres;

- b) Supervisar el compliment del que disposa l'RGPD, d'altres disposicions de protecció de dades de la Unió o dels Estats membres i de les polítiques del responsable o de l'encarregat del tractament en matèria de protecció de dades personals, inclosa l'assignació de responsabilitats, la conscienciació i la formació del personal que participa en les operacions de tractament, i les auditories corresponents;

- c) Oferir l'assessorament que se li demani sobre l'avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades i supervisar-ne l'aplicació;

- d) Cooperar amb l'autoritat de control;

- e) Actuar com a punt de contacte de l'autoritat de control per a qüestions relatives al tractament, inclosa la consulta prèvia, i fer consultes, si és el cas, sobre qualsevol altre assumpte. En el desenvolupament d'aquestes funcions, el DPD ha d'actuar de manera independent, disposar de les eines necessàries per a l'aplicació correcta de les seves funcions, mantenint el secret o la confidencialitat en el decurs de tot el procés.

iii) L'AIPD i el DPD

Una altra de les grans novetats del Reglament europeu són les avaluacions d'impacte relatives a la protecció de dades, o AIPD.

El responsable del tractament és qui ha de dur a terme l'AIPD, però ha de sol·licitar l'assessorament al delegat de protecció de dades.

El contingut mínim de l'avaluació ha de ser:

- a) Una descripció sistemàtica de les operacions de tractament previstes i de les finalitats del tractament, inclòs, quan sigui procedent, l'interès legítim perseguit pel responsable del tractament;

- b) Una avaluació de la necessitat i la proporcionalitat de les operacions de tractament en relació amb les seves finalitats;

- c) Una avaluació dels riscos per als drets i les llibertats dels interessats;

- d) Les mesures previstes per fer



front als riscos, incloses les garanties, les mesures de seguretat i els mecanismes per garantir la protecció de les dades personals i per demostrar el compliment del l'RGPD, tenint en compte els drets i els interessos legítims dels interessats i altres persones interessades.

El DPD ha de tenir un paper actiu i pot efectuar l'avaluació ell mateix o donar les directrius necessàries en el seu disseny i la seva execució. Així com supervisar la implantació correcta de les mesures i les decisions que es recullen al final del procés.

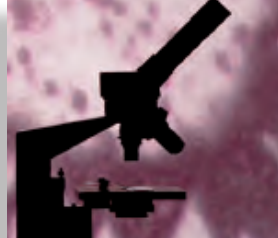
II. La Directiva 2018/843/UE i les implicacions en la protecció de dades

L'arribada del Reglament (UE) 2016/679 general de protecció de dades ha obligat a adaptar gairebé tots els sectors normatius existents, i la prevenció de blanqueig de capitals no se n'ha lliurat.

En aquest sentit, la nova Directiva 2018/843/UE que modifica la Directiva 2015/849/UE ha servit per adaptar la legislació sobre blanqueig de capitals a la nova realitat normativa, amb grans incidències pel que fa a identificació del titular real.

A) La titularitat real en les societats

La designació del titular real d'una entitat té com a objectiu identificar les persones físiques que tenen un control efectiu de la societat per descobrir qui és el destinatari únic de l'operació econòmica realitzada, amb una importància especial per



identificar-lo en els complexos entramats socials on és molt complicat identificar el delinquant que utilitza aquests mitjans per cometre els fets en un context globalitzat (Considerant 25 de la Directiva 2018/843/UE). És tal la importància d'identificar el titular real de l'empresa, que els subjectes obligats que no puguin identificar l'estructura societària i la titularitat real no podran establir relacions comercials (articles 4.4 LPBC i 9.3 RLPBC).

Per ajudar els subjectes obligats a complir aquesta tasca, el 2012 el Consell General del Notariat va crear la Base de dades de titularitat real, que permet emmagatzemar les dades personals d'identificació i el percentatge de control de la societat en una base de dades que recull de manera uniforme les dades dels titulars reals. Aquesta base de dades va ser ratificada en l'article 9 de l'RLPBC, atorgant legitimitat i reconeixement a les dades obtingudes.

Després de l'entrada en vigor de la Directiva 2015/849/UE, es va introduir l'obligació de conservar aquesta informació en un registre central tal com s'estipula en l'article 30, i en el cas espanyol, es va aprovar l'Ordre JUS/319/2018, de 21 de març, per la qual s'aproven els nous models per a la presentació dels comptes anuals dels subjectes obligats a publicar-los al registre mercantil, on es nomena el registre mercantil com a òrgan encarregat del registre de l'article 30 de la Directiva, cosa que dona lloc a un conflicte entre

el Notariat i els registradors pel que fa a la legitimitat de la custòdia del registre.

Deixant de banda aquest conflicte perquè s'allunya de la finalitat d'aquest treball, la Directiva 2018/843/UE va reformar el règim jurídic de la informació de la titularitat real i la seva implicació en la protecció de dades.

En primer lloc, en el nou article 30.1 de de la Directiva 2018/843/UE estableix l'obligació legal (i, per tant, estableix una base legal per al tractament) per als subjectes obligats de tractar les dades personals dels titulars reals, els quals al seu torn estan obligats a proporcionar aquesta informació.

L'article 30.2 (no modificat per la Directiva 2018/843/UE) estableix l'obligació de permetre l'accés a les dades personals relatives als titulars reals custodiats pels subjectes obligats a: 1) les Unitats d'Intel·ligència Financera, que en aquest cas a Espanya l'ocupa el Servei Executiu de la Comissió de Prevenció del Blanqueig de Capitals i Infraccions Monetàries, i 2) les autoritats pertinents. En aquest sentit, en el moment que el tractament de les dades té una finalitat per perseguir un delictes passen a estar subjectes a la Directiva 2016/680/UE (Considerant 40 Directiva 2018/843/UE).

Aquestes comunicacions, per motius obvis, s'han d'emprar segons les obligacions legals que emanen de la Llei 10/2010, la base legal de les quals són a l'article 6.1.c) de l'RGPD.

L'article 30.4 regula la legalitat de la cessió per part de les empreses que tenen les dades personals respecte a la titularitat real al registre central que custodii les dades. El Considerant 38 de la Directiva 2018/843/UE conté l'obligació per als registres d'informar les persones físiques que mantinguin la condició de titular real. A més, en aquest Considerant, els Estats membres poden facilitar al titular real informació sobre la persona que ha sol·licitat la inclusió del titular en el registre fet que, presumiblement, aquesta comunicació s'empararia en l'interès legítim del titular en virtut de la disposició addicional desena de la LOPDGGD.

Per tant, el titular real ha de ser informat en un primer moment quan s'hagin de comunicar les dades al registre competent per part del subjecte obligat, i un cop més per part del registre referit al tractament que realitzarà.

Fent una interpretació d'acord amb l'RGPD de l'article 32 de la Llei 10/2010, en cada societat hi ha d'haver una activitat de tractament en el registre d'activitats de l'article 30 de l'RGPD.

El mateix article 30.4 denota l'aplicació del principi de responsabilitat activa de l'article 5.2 de l'RGPD quan dicta que el registre serà el responsable que la informació que es reculli sigui adequada, exacta i actualitzada i que s'establiran els mecanismes necessaris per a això, encara que torni a caure una obligació sobre els subjectes obligats per proporcionar aquesta informació al registre en les mateixes condicions.

L'article 30.5 descriu els destinataris de les dades custodiats pel registre, que són:

- a) les autoritats competents i les UIF, sense cap restricció;
- b) les entitats obligades, en el marc de la diligència deguda respecte al client, i
- c) qualsevol membre del públic en general.

El tractament i la comunicació efectuats pel registre als dos primers destinataris es basa en l'interès públic que argumenta la Directiva 2018/843/UE en l'article 41. Entenem que la base legal escollida pel legislador és adequada en aquest sentit, ja que la investigació i la persecució de les infraccions en aquest àmbit són

competències atribuïdes per llei a aquests subjectes. Respecte a la legitimació per part de les entitats obligades, aquestes estan investides per potestats públiques per tal de garantir un ordre socioeconòmic correcte.

Pel que fa a la lletra c), s'ha eliminat la referència a la necessitat d'al·legar un interès legítim per obtenir la informació per part del registre i remarca la legitimitat en l'accés a qualsevol persona. Això no obstant, el legislador estableix una limitació en l'accés a la informació per part d'aquest col·lectiu: mentre que els subjectes de les lletres a) i b) poden accedir a tota la informació segons l'article 30.6 reformat per la Directiva 2018/843/UE, fins i tot arribant a no informar a les entitats sobre les dades dels seus titulars reals les quals han estat sol·licitades per la UIF i les autoritats competents; els subjectes de la lletra c) tenen l'accés limitat, com a mínim, al nom i cognoms, mes i any de naixement, país de residència i de nacionalitat del titular real, com també a la naturalesa i l'abast de l'interès real ostentat.

Aquest "com a mínim" permet als Estats membres decidir sobre l'accés a dades addicionals, com la data concreta de naixement o les dades de contacte, i es concedirà l'accés segons la normativa de protecció de dades. És a dir, per poder accedir a aquestes dades personals addicionals s'hauria d'al·legar un interès legítim segons la disposició addicional desena de la LOPDGD.

Actualment, segons la configuració actual del registre de titularitat real sota el Registre Mercantil, és el registrador mercantil el qui ha de qualificar el compliment de la normativa de protecció de dades en els supòsits de publicitat que involucrin dades personals (article 12.3 del Reglament del Registre Mercantil).

L'accés per part del públic a les dades del registre pot limitar-se o prohibir-se per als subjectes b) i c) en condicions determinades per l'Estat membre, en els casos en què s'exposi el titular real a un risc desproporcionat, un risc de frau, segrest, extorsió, assetjament, violència o intimidació, o si el titular real és un menor o té un altre tipus d'incapacitat jurídica, sempre que estigui motivada.

Les excepcions no s'aplicaran a les entitats de crèdit i financeres, Notaris, i

altres professionals del Dret independents o funcionaris públics.

Observem que els principis de minimització de dades, exactitud, i d'imposició de termini de conservació influeixen enormement en la Directiva. Segons l'article 30.9, tota informació emmagatzemada en el registre s'ha de conservar com a mínim durant 5 anys fins a un termini de 10 anys des que van cessar els motius per mantenir actualitzada la inscripció. D'altra banda, l'Estat membre garantirà que només la informació necessària de l'article 30.1 sigui pública i es mantingui actualitzada.

Finalment, els registres europeus que custodien aquestes dades han d'estar connectats entre si perquè qualsevol Estat membre pugui consultar les dades respecte d'un subjecte obligat en un altre Estat membre. Aquesta comunicació, entenem, s'empara en l'interès públic que al·lega l'article 41 de la Directiva.

B) La titularitat real en els fideïcomisos

Respecte a les dades personals dels titulars reals de fideïcomís es regulen una sèrie de regles similars, però amb diferències respecte de les obligacions de les societats, a causa de la condició jurídica d'aquesta figura, la intervenció de diversos subjectes i les nul·les normes sobre publicitat a què estan sotmeses, a diferència de les societats.

La regulació aplicable al fideïcomís es regula en l'article 31, l'apartat 1 del qual obliga els mateixos integrants del fideïcomís a mantenir informació actualitzada i exacta sobre els intervinents del fideïcomís.

Com que hi ha la mateixa obligació d'inscriure aquestes dades en un registre estatal, en l'article 31.4 es regulen els subjectes que poden tenir accés a les dades personals. En aquest llistat, a part de les UIF, les autoritats competents i els subjectes obligats, pot accedir a les dades qualsevol persona que tingui un interès legítim, a diferència de la regla general de l'article 30. Això es deu a la naturalesa de la relació privada del fideïcomís, el qual consisteix en un contracte amb diversos intervinents on no impera un interès públic en la seva regulació, a diferència del que passa a la resta de societats, ni hi ha un registre com a tal.

Aquest interès legítim l'ha de definir l'Estat com un concepte general, el qual no ha de limitar-se als casos de diligències judicials o administratives pendents. Es presumeix l'interès legítim ostentat per ONG o periodistes (Considerant 42), i encara que ja per la sol·licitud es pugui pressuposar per la seva pròpia naturalesa un interès legítim és el registrador mercantil qui ha de decidir sobre l'acreditació d'aquest interès, i després, la ponderació amb les normes de protecció de dades sobre la base de l'article 12.3 del Reglament del Registre Mercantil i procedir a la comunicació de les dades sota la disposició addicional desena de la LOPDGD.

El Considerant 41 preveu normes de Dret internacional privat respecte al concepte d'interès legítim. El concepte d'interès legítim dependrà de la legislació de l'Estat membre on resideixi el fiduciari. Si aquest no existeix o no resideix en cap Estat membre, s'ha d'aplicar la legislació de l'Estat on es va registrar el fideïcomís.

Finalment, s'atorgarà accés a la informació a les persones que tinguin un control en una entitat, ja sigui directa o indirecta, no subjecta a la Directiva; dictant aquesta disposició de forma imperativa segons el Considerant 28.

En el moment de donar accés, segons l'article 30.9, s'han de tenir en compte les normes de protecció de dades; de manera que, si s'al·lega l'interès legítim per obtenir les dades del registre, aquest interès legítim ha de ser ponderat d'acord amb el parer de ponderació propi de la base legal del 6.f) de l'RGPD.

III. Reflexions finals

L'RGPD configura un nou enfocament de transparència i protecció de les dades personals, i amplia substancialment les obligacions informatives davant els interessats i el catàleg de drets que els corresponen. La seguretat esdevé un element essencial de l'estructura de l'empresa, que no solament ha de garantir la confidencialitat, la integritat i la indemnitat de les dades que tracta, sinó que ha de ser capaç de demostrar que ha adoptat les mesures oportunes per a això. Només ha de garantir la confidencialitat, la integritat i la indemnitat de les dades que tracta, sinó que ha de ser capaç de demostrar que ha adoptat les mesures oportunes per a això.



La nova normativa sí que suposa un gir en l'enfocament de la protecció, no com una obligació més, sinó com una oportunitat d'oferir serveis millors i més segurs, i permet adaptar les mesures de seguretat a les circumstàncies particulars. En aquest sentit, sí que és recomanable que l'empresa tingui un assistent en la gestió de la privacitat, tot i que no és obligatori, ja que el sistema legal implementat per l'RGPD és complex i les sancions per incompliment, molt més elevades.

El DPD ha de donar suport al responsable del tractament quan en sol·liciti l'assessorament en triar una metodologia d'AIPD, integrar els processos existents de l'organització per al disseny, el desenvolupament, el canvi, el risc i la revisió operacional, d'acord amb els processos interns, el context i la cultura de l'organització, involucrar les parts relacionades amb el tractament i, si és el cas, definir-ne clarament les responsabilitats i proporcionar l'informe d'AIPD a l'autoritat de supervisió competent quan així es requereixi, consultar l'autoritat de supervisió quan no hagi pogut determinar mesures suficients per mitigar els riscos elevats, revisar periòdicament l'AIPD i documentar totes les decisions adoptades.

La nova Directiva 2018/843/UE estableix un nou règim legal al registre de titularitat real i imposa nous principis i exigències respecte a la protecció de dades. El registre de titularitat real és un element clau en la lluita contra el blanqueig, i el més sensible per a la intimitat de les persones, ja que les dades sol·licitades pels Estats poden ser consultades per persones i entitats de tots els Estats membres, sempre que es garanteixin uns límits en funció del risc del que pugui patir el titular. És comprensible una moderació en la regulació del registre de titularitat real dels fideïcomisos, ja que aquestes figures es mouen en una esfera més privada que pública, a diferència de les societats, l'interès públic de les quals, per mantenir l'ordre socioeconòmic, obliga a regular-les.

NOTES

- (1) DO L 119/1 de 5.5.2016.
- (2) BOE-A-2018-16673.
- (3) Art. 6 RGPD Licitud del tractament 1. El tractament només serà lícit si es compleix almenys una de les condicions següents:
 - a) L'interessat ha donat el consentiment per al tractament de les seves dades personals, per a una o diverses finalitats específiques.

- b) El tractament és necessari per executar un contracte en el qual l'interessat és part o bé per aplicar mesures precontractuals a petició seva.
- c) El tractament és necessari per complir una obligació legal aplicable al responsable del tractament.
- d) El tractament és necessari per protegir interessos vitals de l'interessat o d'una altra persona física.
- e) El tractament és necessari per complir una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable del tractament.
- f) El tractament és necessari per satisfer interessos legítims perseguits pel responsable del tractament o per un tercer, sempre que no hi prevalguin els interessos o els drets i les llibertats fonamentals de l'interessat que requereixen la protecció de dades personals, especialment si l'interessat és un nen. El que es disposa a la lletra f) del primer paràgraf no s'aplica al tractament efectuat per les autoritats públiques en l'exercici de les seves funcions.

- (4) Segons l'article 30.6, les autoritats pertinents "són aquelles amb responsabilitats específiques en la lluita contra el blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme, com també les autoritats tributàries, els supervisors de les entitats obligades i les autoritats la funció de les quals és la investigació o el enjudiciament del blanqueig de capitals, els delictes subjacents relacionats i el finançament del terrorisme, el rastreig i la confiscació o l'embarcament i el decomís d'actius d'origen delictiu."
- (5) S'ha eliminat l'adjectiu "suficient" de la redacció anterior en la versió original de la Directiva 2016/UE, la qual establia un límit que obligava a efectuar un estudi respecte a quines dades són necessàries per al compliment de la finalitat. Ara, s'ha de regir pel principi de minimització de dades de l'article 5 de l'RGPD.
- (6) L'interès legítim és una de les bases proposades pel Comitè Europeu de Protecció de Dades per als supòsits de blanqueig de capitals. En el WP 217, estipula que aquest interès "instat per les autoritats públiques, persegueix un interès que es correspon amb un interès públic general o l'interès d'un tercer".
- (7) RDGRN, de 4 de juliol de 2013. Recurs interposat contra la negativa del registrador Mercantil i de Béns mobles II d'Alacant, pel qual es rebutja l'expedició d'una nota simple literal relativa a una societat determinada.

La influència de la Reforma Protestant en el Dret hereditari i en l'abstracció del negoci jurídic *

María J. Roca Fernández

Catedràtica de Dret eclesiàstic de l'Estat
Universitat Complutense de Madrid

SUMARI

1. Introducció. Conseqüències de la Reforma en el Dret privat

2. El Dret hereditari dels territoris del Sacre Imperi en què va triomfar la reforma

2.1. *Donatio pro anima*

2.2. Marmessors eclesiàstics

2.3. Canvis en aquestes institucions com a conseqüència de la Reforma

3. L'abstracció del negoci jurídic

3.1. En l'àmbit germànic

3.2. En l'àmbit anglosaxó

3.3. Síntesi

4. Excurs: La comunitat germànica

5. Consideracions finals

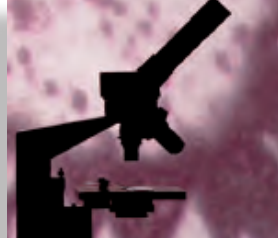
1. Introducció

Des de la famosa obra de Max Weber ⁽¹⁾, sobre l'Ètica protestant i l'esperit del capitalisme, s'ha discutit àmpliament –sobretot en l'àmbit



de la sociologia jurídica– sobre l'impacte que l'Ètica del calvinisme ha tingut en el desenvolupament del capitalisme modern. Aquest ha estat un dels temes de més rellevància en la discussió doctrinal, fins al punt que s'ha anomenat la “guerra acadèmica dels cent anys” ⁽²⁾ al debat que va desencadenar la publicació dels assajos de Weber sobre aquest tema, a les pàgines del “*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*” (1904-1905). Es tracta d'una qüestió més

sociològica que jurídica, que ha de ser estudiada en el context de la influència de la Reforma en la Sociologia, encara que de manera indirecta hagi afectat també el Dret ⁽³⁾. Però la Reforma, a més d'influir en el desenvolupament del capitalisme, ha tingut també conseqüències en el Dret públic i en les institucions de Dret privat. Els reformadors, especialment Calví, van exposar algunes idees sobre el comerç, els contractes i la incipient activitat econòmica de la seva èpo-



ca, que han servit de base perquè, sobretot, teòlegs i iuspublicistes d'aquestes confessions exposessin les seves teories sobre les relacions contractuals entre els particulars. D'altra banda, per Luter el matrimoni no és un sacrament, sinó una qüestió secular (*weltliche Sache*). D'aquí que passés la seva competència de l'àmbit eclesiàstic al civil com un contracte *intuitu personae*.

En resum, les conseqüències de la Reforma sobre la secularització del matrimoni i l'origen del que avui anomenem Dret mercantil, potser han estat més estudiades, i per això també es coneixen millor que la influència que va exercir en altres àmbits del Dret privat. A les pàgines següents, s'exposarà com va influir la Reforma en dues institucions típiques del Dret hereditari (ap. 2.): la *donatio pro anima* (ap. 2.1) i el marmessor (ap. 2.2). Així mateix, es tracta la seva eventual influència en l'abstracció del negoci jurídic tant en l'àmbit germànic (ap. 3.1.) com en l'anglosaxó (ap. 3.2.). S'aborda també si ha pogut contribuir al manteniment de la comunitat germànica (ap. 4.) i s'acaba amb unes consideracions finals (ap. 5.).

2. El Dret hereditari dels territoris del Sacre Imperi en què va triomfar la reforma

2.1. *Donatio pro anima*

Un àmbit del Dret privat en què la concepció teològica cristiana va influir més en l'antic Dret germànic va ser en el Dret hereditari. És doctrina general i pacíficament acceptada entre els historiadors del Dret germànic, que l'Església va influir decisivament en el Dret hereditari germànic ⁽⁴⁾, i que ho va fer de manera diferent de com va influir en el Dret Romà ⁽⁵⁾. La doctrina dels tres grans autors cristians africans dels primers segles –Tertul·lià (160- 220), Ciprià (200-258) i Agustí (354-430)– va influir decisivament en el Dret hereditari. En els escrits de Tertul·lià s'afirmava que “una bona obra fa a Déu o a Crist deutor” (*Bonum factum Deum habet debitorem*) ⁽⁶⁾. Els béns deixats en testament per a bones obres són considerats rescat pels mateixos pecats (*Loskauf der Sünden*). Una donació pietosa és considerada com una remissió dels pecats (*Sündenerlaß*).

En un dels sermons de Sant Agustí (n. 86) es recomana que, en fer testament, Crist s'ha de considerar com un fill més, atorgant a l'Església la part corresponent a aquest fill que és Crist ⁽⁷⁾. Aquesta regla va ser recollida

en el cànon 112 del Concili d'Aquisgrà (any 816), i també es recull en el Decret de Gracià (c. 8 C. XIII qu.2). És a dir, no es tractava d'una comparació a tall de paràbola, sinó que era un precepte jurídic aplicat als territoris germànics. Aquesta regla va acabar convertint-se en la *donatio pro anima* que va configurar de forma decisiva les activitats de beneficència medievals. L'ànima del donant en una “representació” jurídica es convertia en receptora, en titular jurídica de la contraprestació ⁽⁸⁾, les misses i les oracions, eren a les fonts longobardes la contraprestació ⁽⁹⁾.

La *donatio pro anima* s'ha interpretat com una transformació de l'antiga donació funerària (Totengabe): ja no s'enterraven amb el difunt determinats béns, sinó que aquests eren lliurats a l'Església en interès de la seva ànima.

La *donatio pro anima* s'ha interpretat com una transformació de l'antiga donació funerària (*Totengabe*): ja no s'enterraven amb el difunt determinats béns, sinó que aquests eren lliurats a l'Església en interès de la seva ànima. Va ser necessària una llarga evolució fins que als pobles germànics es va introduir la idea de propietat individual en el sentit romà; hi va contribuir la preocupació per la salvació de la pròpia ànima. Segons el parer de Schulze, la part de lliure disposició no provenia de la part que corresponia al difunt (*Totengabe*), sinó de la que tenia la comunitat ⁽¹⁰⁾, i l'evolució de la lliure disposició va passar gradualment a ser considerada una part obligada a favor de l'Església ⁽¹¹⁾. Resulta fàcil imaginar la resistència dels parents i dels amics de sang davant la introducció de la part de lliure disposició per a l'Església.

La doctrina sobre el Purgatori i les indulgències, juntament amb la preocupació per la salvació de la pròpia ànima va significar que durant l'edat mitjana fos habitual que s'instituís un llegat *pro anima* en els testaments ⁽¹²⁾, i va facilitar que la importància de l'Església en els testaments fos creixent.

2.2. Marmessors eclesiàstics

Una altra institució en la qual l'Església va tenir la seva influència en el Dret germànic va ser la figura del marmessor (*Testaments-*



vollstrecker ⁽¹³⁾). El *Testamentsvollstrecker* havia d'assegurar a la mort del testador el compliment de les disposicions testaments i l'aplicació exacta de les disposicions en favor de la seva ànima. Sovint s'atribuïa aquest encàrrec a les autoritats eclesiàstiques, fins i tot en els casos en què el causant no era un clergue, ni tan sols una persona especialment pietosa ⁽¹⁴⁾. Aquest institut era molt necessari, atès que les disposicions *pro anima* s'havien introduït en el Dret germànic obrint-se camí davant la comunitat familiar i en detriment dels amics de sang. L'execució de les disposicions *pro anima* la mort del testador trobaven com a primera dificultat els parents i amics del difunt. L'Església va reconèixer des del primer moment la importància de la figura del marmessor i va posar a disposició dels testadors els “funcionaris” de la seva Administració. Com que els fruits de les disposicions *pro anima* es recollien en l'altra vida, la posició de l'Església com a medidora entre Déu i els homes es presentava especialment apropiada per a l'execució dels testaments ⁽¹⁵⁾. Hi cal afegir que el bisbe es convertia en el marmessor dels qui morien sense testament, i dels qui, havent-lo atorgat, no havien nomenat marmessor ⁽¹⁶⁾.

D'aquesta manera, les donacions *pro anima* per rescatar els propis pecats, i la mediació de l'Església en l'execució de les últimes voluntats, van arribar a ocupar un paper molt important en el Dret hereditari dels territoris germànics durant l'edat mitjana ⁽¹⁷⁾.



2.3. Canvis en aquestes institucions a conseqüència de la Reforma

Com va influir la doctrina de Luter sobre les indulgències en el Dret hereditari? Si la *sola fides* (la fe sense obres) és el que salva l'home, ¿va suposar aquesta nova concepció teològica que es van deixar de fer testaments amb els quals es disposava de la part de lliure disposició *pro anima*? Recordem que la doctrina de Luter ⁽¹⁸⁾ suposà una "revolució" de la Teologia sacramentària. No solament del sagrament del matrimoni ⁽¹⁹⁾, també del sagrament de l'ordre. Per Luter, l'ordre no és un sagrament; no hi ha diferència entre el sacerdocí ministerial i el comú de tots els fidels. Què va passar quan Luter no va reconèixer el valor de les bones obres per a la pròpia salvació ni el paper mediador de l'Església? Què va passar amb els marmessors testamentaris als territoris on va triomfar la reforma? Què passa quan els senyors territorials assumeixen les competències i la jurisdicció dels bisbes als territoris on va triomfar la reforma ⁽²⁰⁾?

Prenguem com a exemple els Estatuts de la ciutat de Zittau de 1567. En aquesta ciutat imperial la Reforma es va establir des de 1538. Doncs bé, els seus estatuts declaraven els testaments en què s'oblida la glòria de Déu nuls i sense efecte (*darinnen Gottes Ehre vergessen wird für nichtig und kraftlos* ⁽²¹⁾). És a dir, la Reforma no va suposar la supressió del deure de tenir en compte en el mateix testament les necessitats eclesiàstiques. Si abans es feia per a la remissió dels pecats propis, ara es feia "per a la glòria de Déu".

A poc a poc les disposicions *pro anima* van anar donant pas als interessos generals secularitzats. Les necessitats de l'Estat i el sentit ciutadà van originar que a Ginebra es dictés un Decret, de l'any 1642, on s'establí que cada testament havia d'incloure una quantitat determinada lliurement a favor de la *Respublica* ⁽²²⁾. Al manteniment dels camins es va unir el manteniment dels dics, les teulades, els murs i els sepulcres de la ciutat, en general aquestes necessitats eren nomenades en els testaments com les necessitats urgents de la ciutat (*der Stadt Notdurft* ⁽²³⁾). Donacions per a aquestes finalitats van esdevenir sovint disposicions habituals dels testaments. Dels llegats *pro anima* es va passar als llegats en favor de les necessitats urgents de la ciutat i, com que les competències episcopals havien estat assumides pels senyors territorials, ara eren aquests els encarregats d'executar aquestes últimes voluntats.

3. En la supressió de la causa del negoci jurídic

La causa no és considerada com una exigència del contracte en tots els sistemes nacionals europeus ⁽²⁴⁾. En Estats dels sistemes continentals com Itàlia i Espanya, es manté l'exigència de la causa ⁽²⁵⁾ com un requisit del contracte, mentre que el BGB alemany i el Codi Suís de les obligacions no exigeixen la causa. França ha canviat l'any 2016 el règim jurídic d'obligacions i contractes, suprimint l'exigència de la causa; aquesta reforma s'ha considerat la més important

del Codi civil francès des de la seva promulgació el 1804 ⁽²⁶⁾. Com se sap, França, que durant segles ha mantingut l'exigència de la causa, Itàlia i Espanya són territoris en els quals no va triomfar la reforma, mentre que en bona part dels territoris d'Alemanya i Suïssa, sí que ho va fer. Es pot atribuir aquesta diferència en el règim jurídic de la causa a la influència de la Reforma?

3.1. Àmbit germànic

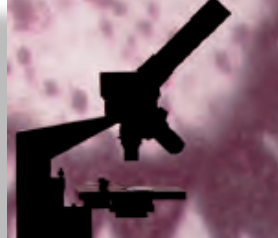
La causa ha tingut un paper històric important: facilitar la transició d'un sistema contractual tancat a un sistema obert, en el qual predomina l'autonomia de la voluntat ⁽²⁷⁾. Al seu torn, s'ha mantingut durant segles, pel seu significat: el reconeixement de l'autonomia de la voluntat, però sotmesa a control de licitud ⁽²⁸⁾.

Es pot atribuir al pensament dels reformadors una responsabilitat directa en la seva supressió?

El principi d'abstracció (o supressió de la causa en el negoci) es va introduir al BGBa conseqüència de la doctrina de Savigny, partint d'una interpretació de les fonts romanes que avui no es considera correcta.

El principi d'abstracció (o supressió de la causa en el negoci) es va introduir al BGBa conseqüència de la doctrina de Savigny, partint d'una interpretació de les fonts romanes que avui no es considera correcta ⁽²⁹⁾. Sens dubte, Savigny ⁽³⁰⁾ pertanyia a l'Església evangèlicoluterana i segurament la concepció reformada sobre la interpretació individual i la consciència subjectiva influiria en la seva tendència a interpretar les fonts romanes en el sentit de suprimir una causa objectiva en cada negoci, i donar més rellevància a les causes subjectives del contractant. Però només d'aquesta manera molt indirecta i remota es pot veure la Reforma com la causa eficient de la supressió de la causa en el BGB.

El convenciment que el principi d'abstracció és "un fill de la ciència jurídica alemanya" ⁽³¹⁾, potser hagi fet que es dediqués menys atenció a aquest tema en l'àmbit anglosaxó, almenys entre els estudiosos espanyols. No obstant això, és en aquest altre sistema que "la teologia protestant va con-



tribuir a un canvi en les bases subjacentes a la responsabilitat contractual, desplaçant des de la causa cap a la contraprestació i la promesa negociada”⁽³²⁾. D’aquesta manera, el Dret anglès es va desenvolupar, com després faria el Dret alemany, en el sentit d’una “estricta responsabilitat pel compliment del contracte, eliminant o atenuant les excepcions al compliment”⁽³³⁾. L’apartat següent es dedica a aquest aspecte (3.2.).

3.2. Àmbit anglosaxó

En el Dret anglès molt aviat, en una sentència de 1647 (molt abans de la promulgació del BGB de 1900), la causa determinada objectiva, suport d’una promesa que genera responsabilitat, “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”⁽³⁴⁾. Harold Berman caracteritza aquest canvi des de la causa a la prestació com un canvi des d’una teoria moral al que es pot anomenar una teoria dels contractes com a negociació⁽³⁵⁾.

Segons Berman, encara que molts dels principis bàsics del Dret canònic sobre contractes es van adoptar pel Dret secular i en el seu moment es van arribar a justificar sobre la base de la teoria de l’autonomia de la voluntat, amb tot, en el Dret canònic estaven basats en una teoria del pecat i una teoria de l’equitat, de la qual es va apartar el Dret anglosaxó. “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”⁽³⁶⁾. En canvi, el dret de contractes anglosaxó “partió de la teoría de que una promesa constituía una obligación para con Dios”⁽³⁷⁾. Per a la salvació de les ànimes s’havien instituït tribunals eclesiàstics i seculars la tasca dels quals consistiria, en part, a donar suport al compliment forçós d’obligacions contractuals en la mesura que les dites obligacions fossin justes.

McCall atribueix als principis teològics de la interpretació individual i de l’exercici de la consciència subjectiva per conèixer el que és just, el pas que es va donar en els tribunals cap a la “responsabilidad estricta por pactos hechos subjetivamente”⁽³⁸⁾. Mentre que, per a la Teologia catòlica⁽³⁹⁾,



l’anàlisi de si l’incompliment d’una promesa donava lloc a acció, tenia més matisos: “había que examinar las circunstancias que rodeaban al incumplimiento, para determinar si respetar esa promesa era moral y legalmente obligatorio”⁽⁴⁰⁾. És a dir, l’obligació descansava sobre la causa de la promesa o la justícia del negoci. En canvi, els puritans entenien la noció bíblica de aliança en el sentit que cadascú era lliure de pactar, però estrictament responsable una vegada que havia prestat la promesa.

McCall atribueix als principis teològics de la interpretació individual i de l’exercici de la consciència subjectiva per conèixer el que és just, el pas que es va donar en els tribunals cap a la “responsabilidad estricta por pactos hechos subjetivamente”. Mentre que, per a la Teologia catòlica, l’anàlisi de si l’incompliment d’una promesa donava lloc a acció, tenia més matisos.

Un exemple paradigmàtic del canvi del Dret de contractes és el cas *Paradine vs. Jane* (Kinngs Bench, 1647). Es tractava d’un arrendatari que es va defensar de la demanda del propietari per impagament de la renda, argumentant que s’havia vist expulsat de les terres a causa de la guerra civil anglesa. Exigir-li el compliment de la seva promesa de pagar la renda, suposaria

una injustícia, ja que se l’havia privat del seu dret a utilitzar la terra. El tribunal anglès, en proclamar la responsabilitat estricta, sense consideració de les circumstàncies, va posar fi a la llei natural i al dret fins aleshores aplicat pels tribunals civils i eclesiàstics.

Posteriorment, la doctrina afirma que els tribunals anglesos i nord-americans han temperat la puresa de la responsabilitat estricta proclamada a *Paradine vs. Jane*, “esas reglas (relativas al error, la frustración 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”⁽⁴¹⁾.

El rebuig del paper de les obres, combinat amb l’exaltació del sentit moral individual, va contribuir a “transformar el derecho de bienes desde un derecho de relaciones personales hacia una mera ordenación económica basada en el contrato”⁽⁴²⁾. En efecte, “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”⁽⁴³⁾.

3.3. Síntesi

És doctrina comuna que l'antropologia derivada de la reforma accentua notablement el paper de la subjectivitat de l'ésser humà. La subjectivitat és el lloc hermenèutic de la Revelació i de la intel·lecció del món. En l'àmbit anglosaxó, els principis teològics de la interpretació individual i de l'exercici de la consciència subjectiva per conèixer el que era just semblen que han reforçat la responsabilitat estricta per pactes fets subjectivament, amb independència de quina hauria estat la causa de la promesa. Des d'aquesta base bíblica del concepte d'aliança (o promesa), també sembla que s'ha facilitat l'abstracció de la causa i la prevalença de l'autonomia de la voluntat. La voluntat tendeix a identificar-se amb la causa subjectiva. De mica en mica, es va anar tendint a considerar com infraccions a l'autonomia de la voluntat qualsevol limitació en l'ús i el gaudi de la propietat.

En resum, en la tradició anglosaxona, potser el rebuig del paper de les obres, combinat amb l'exaltació del sentit moral individual a costa de la comunitat social,

hagi cooperat en la transformació del Dret de béns des d'un Dret de relacions personals cap a una simple ordenació econòmica basada en el contracte. No obstant això, en la tradició germànica, atribuir l'abstracció del negoci jurídic introduïda al BGB a les idees de la Reforma és exagerat i no fa justícia al paper que va exercir Savigny, considerat el “pare” del principi d'abstracció.

4. Excurs: la comunitat germànica

Alemanya és el país de la Reforma; en aquesta terra va tenir el seu origen, i des d'allà s'ha estès. Encara avui, Alemanya està unida internacionalment amb la Reforma. La identitat alemanya és inseparable d'aquest esdeveniment cultural. Al seu torn, la comunitat germànica és, com el seu nom indica, una institució jurídica típica dels pobles germànics, i suposa una concepció de la propietat tan radicalment diferent de la concepció romana, que, encara en els nostres dies, a un notari li costa fer entendre a un hereu que no és propietari en el sentit romà de la massa hereditària, que no li correspon una part exacta. El nostre Tribunal Suprem⁽⁴⁴⁾ s'encarrega de mantenir viu el concepte de comunitat germànica, declarant que la venda d'una parcel·la de la massa hereditària d'un testament no executat, encara que hagi estat efectuada per un hereu legítim, és nul·la per tractar-se de venda de cosa aliena; sens perjudici que es pugui esmenar eventualment.

Hi ha alguna relació entre la institució de la comunitat germànica i la Reforma protestant? Tant aquesta institució jurídica com aquest fenomen cultural són part de l'ànima alemanya. És clar que la comunitat germànica (que reflecteix el concepte de propietat dels pobles germànics abans de la romanització) existia abans de la Reforma i, per tant, no li deu el seu origen. Però, i el seu manteniment?

Flume va anomenar la comunitat germànica un “cos místic”⁽⁴⁵⁾. Com se sap, en expressió de Sant Pau, l'Església és el Cos místic de Crist⁽⁴⁶⁾. És igualment coneguda la importància que, dins el Nou Testament, la Reforma va donar a les epístoles paulines. Per la seva banda, Wieacker va dir de la comunitat germànica, que era un concepte hegel·lià. Entre l'idealisme alemany, del qual Hegel és una figura capdavantera, i la Reforma protestant, sí que hi ha una línia d'evolució de pensament⁽⁴⁷⁾. Però d'aquí només es pot deduir, en tot cas, el següent: potser els autors alemanys, amants de la seva història i de la tradició de les seves institucions tendeixin a unir la comunitat germànica i la Reforma com es confonen i difuminen els límits dels colors en una aquarel·la.

Rudolf Sohm va dedicar la seva lliçó magistral a la Universitat de Leipzig a la comunitat germànica⁽⁴⁸⁾, i va entrar en discussió amb les posicions d'Ihering i Heusler. És conegut per la seva afirmació del caràcter incompatible de l'Església i el Dret⁽⁴⁹⁾. D'aquí deriva la negació del caràcter jurídic del Dret canònic. Avui dia les posicions de Sohm han estat superades dins els teòrics del Dret evangèlic⁽⁵⁰⁾. No obstant això, es tracta d'un historiador del Dret que és una primera figura tant pel que fa a l'estudi de la comunitat germànica, com pels que fa als seus plantejaments contraris al Dret de l'Església catòlica. Potser aquestes dues circumstàncies hagin portat algun estudiós a considerar que hi ha una influència del pensament protestant en la institució de la comunitat germànica. No obstant això, és clar que aquesta institució de la comunitat germànica té un origen anterior a la reforma de Luter, i no consta aquesta hipotètica influència ni entre els que n'han estudiat l'origen⁽⁵¹⁾, ni entre els qui s'han ocupat del seu desenvolupament posterior⁽⁵²⁾.

A la meua manera de veure, que els estudiosos de la comunitat germànica siguin conspicus protestants és una manifestació del fet que a les universitats alemanyes



ocupaven les càtedres principalment professors protestants. Tant és així que, quan n'època de la lluita cultural (Kulturkampf), l'Imperi va prohibir l'existència dels seminaris tridentins i va obligar els rectors a cursar estudis universitaris, els bisbes van exigir que, en algunes universitats, el bisbe pogués intervenir en el nomenament dels catedràtics d'algunes matèries, perquè els catòlics candidats al sacerdoci no estiguessin corromputs amb les idees protestants. Així va sorgir la figura de les càtedres concordatàries⁽⁵³⁾, que encara està vigent en alguns concordats. Mai no hi ha hagut càtedres concordatàries en disciplines jurídiques. Les càtedres concordatàries van ser d'altres matèries (Filosofia i Història, sobretot). Per això, la majoria dels catedràtics, fins a la proclamació de la República de Weimar, van ser protestants.

Rudolf Sohm va dedicar la seva lliçó magistral a la Universitat de Leipzig a la comunitat germànica, i va entrar en discussió amb les posicions d'Ihering i Heusler. És conegut per la seva afirmació del caràcter incompatible de l'Església i el Dret.

Així doncs, els principals cultivadors de la institució de la comunitat germànica a l'època del seu apogeu (per part de l'Escola Històrica) són evangelicoluterans. En aquesta mesura, el seu tractament científic pot estar influït per una concepció del Dret pròpia del pensament protestant com va ser l'idealisme. Però, òbviament, aquesta institució ni va tenir el seu origen en la Reforma, ni es pot pensar que la influència que podia haver experimentat, sigui superior a la d'altres institucions. El fet és que, simplement, en aquella època, pràcticament totes les càtedres de matèries jurídiques a Alemanya estaven ocupades per protestants.

5. Consideracions finals

La influència de la Reforma protestant en el Dret hereditari va suposar la transformació de les donacions *pro anima*. Un cop abandonada la fe en la necessitat de les obres per a la pròpia salvació, en l'existència del Purgatori i en la doctrina de les indulgències, seguia sent necessària atendre les obres de beneficència que es feien



amb els béns provinents de les donacions testamentàries en favor de l'Església. Les autoritats seculares dels territoris de la Reforma van exigir, per a la validesa dels testaments, que el causant tingués en compte la "glòria de Déu", i disposés a favor de les necessitats de la ciutat. És a dir, tot i que aquestes donacions no s'aplicaven a favor de la pròpia ànima a causa del canvi de fonament teològic, se seguia mantenint el mateix motiu (d'origen religiós) per imposar l'obligació de deixar en el testament una part dels béns, amb els quals es poguessin atendre en gran mesura les mateixes finalitats. Hi havia supòsits en què corresponia al bisbe l'ofici de marmessor testamentari. A partir de la Reforma, aquest ofici va passar a correspondre al senyor territorial (*Landesherr*) que per un títol de Dret imperial, com a conseqüència de la Pau d'Augsburg, havia rebut la cessió de les competències episcopals de manera transitòria (fins que s'arribés de nou a la unitat de les confessions cristianes).

En el Dret anglosaxó s'atribueix a la concepció protestant de la promesa o aliança la supressió de la causa en els contractes. El rebuig del valor de les obres per a la salvació pròpia i l'exaltació del sentit moral individual van contribuir a la transformació del Dret de béns en una simple ordenació econòmica basada en el contracte. En la tradició germànica, no hi ha raons suficients per derivar l'abstracció del negoci jurídic introduïda al BGB a les idees de la Reforma.

* Text revisat de la conferència pronunciada al Col·legi Notarial de Catalunya, el dia 13 de novembre de 2017. Es publica també en el número de la revista *e-Legal History Review*, en homenatge al professor 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., Mèxic 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*, any 20, número 59, setembre-desembre de 2005, pàg. 137-169. També accessible a <http://www.redalyc.org/pdf/3050/305024736008.pdf> [Consulta del 6-III-2018]. Des del punt de vista de la Ciència política, vid.: ABELLÁN GARCÍA, JOAQUÍN, *Max Weber en la evolución del liberalismo alemán*, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, n. 539-540, 1990 (exemplar dedicat a: La actualidad de Max Weber), pàg. 85-100. ÍDEM, "Max Weber: una crítica política de la 'dominación burocrática'", dins SÁNCHEZ GARRIDO, PABLO / MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO, (COORDS.), *Historia del análisis político*, 2011, pàg. 569-584.
- (3) En la bibliografia espanyola: 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", dins OTADUY, J. / VIANA, A. / SEDANO, J.

(coord.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Pamplona, 2012, pàg. 804-813. En llengua anglesa: BERMAN, HAROLD J., *Law and Revolution. II. The impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge et al., 2003. En llengua alemanya: 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.

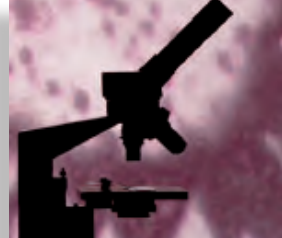
- (4) BESELER, "Von den Testamentsvollziehern", dins *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. 9, 1845, abans de la recepció del Dret romà, pàg. 144 i ss.
- (5) SCHULTZE, ALFRED, "Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung des germanischen Erbrechts. Eine akademische Rede in erweiterter Fassung, dins *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*", Bd. 35, 1914, pàg. 76.
- (6) *De poenitentia*, c.2, cita presa de SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 77, nota 2.
- (7) *Sermo 86*, c. 13, cita presa de SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 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...*, pàg. 79.
- (9) SCHULTZE, ALFRED, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau, 1895.
- (10) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 92.
- (11) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 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, pàg. 71 i pàg. 80.
- (13) DEUTSCH, HERMANN, *Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht*, Berlin, 1899, pàg. 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. també BRUCK, EBERHARD FRIEDRICH, "Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung im römische Recht", dins *Zeitschrift für privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 40, 1913, pàg. 533-578.

- (14) BESELER, "Von den Testamentsvollziehern", dins *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. 9, 1845, pàg. 146, accessible a: Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte (Referència: 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...*, pàg. 107.
- (16) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 108.
- (17) Resulta il·lustrativa l'anàlisi detallada d'un testament de l'època que es fa a KLOERSS, INGRID, "Wohltäterin für viele. Das Testament der Schöffenwitwe Else von Lare 1471/1474", dins *Zeitschrift des Vereins für hessische Geschichte und Landeskunde*, Bd. 117/118, 2012-2013, pàg. 23 i ss., on aquesta senyora noble, vídua d'un jurat, disposa d'un llegat *pro anima* en favor dels cartoixans i els franciscans, com també per als pobres de la ciutat (Marburg), a través de les institucions de l'Església.
- (18) GÓMEZ HERAS, JOSÉ MARÍA, *Teología Protestante. Sistema e Historia*, Madrid, 1982. SAYÉS, JOSÉ ANTONIO, *Antropología del hombre caído. El pecado original*, Madrid, 1991, pàg. 176-203. Una exposició resumida i accessible, es pot veure a 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", a www.iustel.com, *Legal History Review*, 14, 2012, pàg. 1-35.
- (20) Ens ocupem d'aquesta qüestió a ROCA, MARÍA J., "Origen de la competencia del poder civil sobre las Iglesias en las doctrinas protestantes: Estudio histórico e interés actual", dins *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* iustel.com,

1, 2003 i a *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n. 0, 2004, pàg. 111-126.

- (21) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 106, amb referència GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* III, pàg. 760.
- (22) Genueser Dekret von 1642, citat segons SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 110, nota 2.
- (23) SCHULTZE, ALFRED, *Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung...*, pàg. 110.
- (24) MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, "Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos", dins *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2011, pàg. 460.
- (25) ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO, "El problema de la causa en la tradición", Madrid, 1945. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, "El concepto de causa en el negocio jurídico", dins *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pàg. 3 i ss. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "Negocio abstracto y reconocimiento de deuda", dins *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pàg. 369 i ss. FUENTESECA DEGENEFEE, MARGARITA, *El negocio fiduciario en Roma, Madrid, 2016*, especialmente el capítulo VI, relativo a "la causa fiducie: causa contractual o causa negocial" (pàg. 95 i ss.).
- (26) L'ordenança n. 2016-131, de 10 de febrer de 2016, ha culminat un procés de reforma del Dret francès d'obligacions i contractes, que suposa el canvi principal en aquesta matèria desde la promulgació del Codi civil de 1804. Vid.: SAVAUX, ERIC, "El nuevo Derecho civil francés de obligaciones y contratos", dins *Anuario de Derecho Civil*, tom LXIX, 2016, fasc. III, pàg. 715 i ss.
- (27) MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Reflexiones sobre la causa del contrato...*, pàg. 463, seguint 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 –afegeix– 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, extret de MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Reflexiones sobre la causa del contrato...*, pàg. 463, nota 27).

- (29) La bibliografia sobre aquest aspecte és molt abundant, poden ser útils aquestes dues referències: STRACK, ASTRID, "Hintergründe des Abstraktionsprinzips", dins *Jura*, Heft 1/2011, pàg. 5-6. SARGADO DIAZ, EMIL, "El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho civil alemán", dins *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, n. 6, 2014, pàg. 59 i la bibliografia que s'hi esmenta.
- (30) Vid.: DOMINGO, RAFAEL, (ed.), *Juristas Universales*, vol. III, pàg. 59.
- (31) "Kind der deutschen Rechtswissenschaft" FUENTESECA DEGENEFEE, CRISTINA, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Madrid, 2012, pàg. 22 nota 15, seguint WIESER, E., *Einführung in das Bürgerliche Recht mit Allgemeinem Teil und Übung*, Köln et alt., 1982, pàg. 192.
- (32) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 199.
- (33) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 199.
- (34) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 201.
- (35) BERMAN, HAROLD J., "The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective", dins *Journal of Law and Religion*, Volum 4, Issue 1, 1986, pàg. 118.
- (36) BERMAN, HAROLD J., *The Religious Sources of General Contract Law...*, pàg. 112.
- (37) IBIDEM.
- (38) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 201.
- (39) DECOCK, WIM, "Katholische Moraltheologie und Vertragsrecht. Die Umwandlung der Vertragslehre des Gemeinen Rechts (16./17. Jh.)", dins *Forum Historiae Iuris*, 18 juny 2019, accessible a <http://www.forhistiur.de/zitat/1306decock.htm> [Consulta del 6-III-2018].
- (40) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 202.
- (41) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 203.
- (42) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 204.
- (43) McCALL, BRIAN M., *El nuevo pacto protestante...*, pàg. 205.
- (44) Un exemple recent que confirma la doctrina anterior es pot veure a la STS, Sala Civil, 4449/2015, de 3-XI-2015.
- (45) FLUME, WERNER, "Gesellschaft und Gesamthand" dins *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n. 136, 1972, pàg. 177-207.
- (46) San Pablo en la I Corintios 12:12-14 es la referència 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 Grudlegung des Kirchenrechts*, en IDEM, *Kirche und Kirchenrecht. Gesammelte Aufsätze*, BÖCKENFÖRDE, WERNER (Hrsg.), Paderborn et alt., 1984, pàg. 81 i ss.
- (50) Pensem, per exemple, en Johannes Heckel, i també la concepció de Karl Barth sobre "l'encàrrec públic de les esglésies".
- (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*. Traducció i nota preliminar d'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", dins CEBRIÁ, MARÍA DOLORES (ed.), *Enseñanza superior y religión en el ordenamiento jurídico. Actas del VII simposio internacional de derecho concordatario. Trujillo (Cáceres)*, Granada, 2016, pàg. 429-438, y a www.iustel.com *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 41, 2016.

El nou Reglament Europeu de Règims Econòmics Matrimonials

Per Jesús Gómez Taboada
Notari de Barcelona

El 24 de juny de 2016 es va aprovar el Reglament (UE) 2016/1103 del Consell, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades (en endavant, RREM), que estableix normes de conflicte en matèria de règims econòmics matrimonials.

El mateix dia es va aprovar el Reglament (UE) 2016/1104 del Consell pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions sobre unions registrades, al qual ens vam referir en el número anterior d'aquesta revista.

I. Introducció: de què versa el reglament

El primer acostament al RREM requereix una sèrie de precisions:

1r) És una *norma de Dret internacional privat* (en endavant, Dopr.), cosa que suposa que la seva regulació deixa fora tot allò relatiu a la regulació material o de fons dels règims econòmics matrimonials (REM). Per tant, no es refereix a la seva regulació substantiva: REM que cada país pugui escollir com a legal o supletori legal, regulació concreta de cada REM; capítols matrimonials...

En conseqüència, no busquem un règim general o bàsic de la matèria; ja que, com aclareix el mateix Reglament, aquest *"no afectarà a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de regímenes económico matrimoniales"* (art. 2 RREM).

En conseqüència, estem davant una norma que només fa referència –i és bastant– als tres focus tradicionals del DIPr.: com-

petència judicial internacional (en sentit ampli: autoritats competents); llei aplicable; i efectes que les resolucions i els documents públics produeixen en d'altres països (signants). Encaixa, doncs, en la categoria de reglaments de normes de conflicte, que desplacen o deroguen les internes (*autònomes*) i que gradualment van poblant el paisatge normatiu europeu (el de successions –RSE–, RUR, aliments, obligacions contractuals...). De la mateixa manera que altres de la seva classe, és un text llarg (70 articles), precedit per 73 considerants, molt útils per a la seva interpretació i interpretació.

2n) *No té, almenys ara com ara, l'àmbit d'aplicació especial d'altres reglaments, com ara el de successions.* De moment, només vincula disset països: Bèlgica, Bulgària, República Txeca, Grècia, Alemanya, Espanya, França, Croàcia, Itàlia, Luxemburg, Malta, Països Baixos, Àustria, Portugal, Eslovènia, Finlàndia i Suècia. Els altres membres de la UE, mentre no s'hi adhereixin, no estan obligats a aplicar-lo.

3r) *A Espanya suposarà una modificació del règim conflictual internacional, regulat en els apartats 2n i 3r de l'art. 9 del Codi civil (Cc), ja que, com veurem, en matèria de llei aplicable altera el punt de connexió (vincl dels cònjuges amb una llei determinada) bàsic, desplaçant el de la seva nacionalitat i fixant el de la seva residència, tendència que està en alça (RUR, RSE).*

4t) *Com a disposició de Dret transitori, seguint la norma d'altres reglaments de DPRr, malgrat que el RREM va entrar en vigor el 29 de juliol de 2016, només "serà aplicable a partir del 29 de enero de 2019" (art. 70), llarga vacatio legis que es justifica per la conveniència que els Estats membres adoptin les mesures necessàries per a la seva execució.*

II. Àmbit d'aplicació

1. Matèries a les quals s'aplica (art. 1 RREM)

Segons l'art. 1 RREM, aquest (només) s'aplicarà *"a los regímenes económicos matrimoniales"*, entenent per 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. Matèries excloses (arts. 1 RREM)

L'àmbit d'aplicació es perfila millor en relació amb les matèries excloses. És a dir, fins i tot dins el terreny de joc de les normes de DIPr. (competència, llei aplicable, efectes de resolucions estrangeres), el RREM deixa fora, d'antuvi, les qüestions fiscals, duaneres i administratives.

I, així mateix, s'exclouen i, en conseqüència, es regeixen per una altra norma de DIPr. (que podran ser objecte d'un altre reglament europeu; un conveni internacional; una llei interna de cada país): la capacitat jurídica (es refereix a la capacitat d'obrar) dels cònjuges; l'existència, la validesa i el reconeixement del matrimoni; les obligacions d'aliments, que –conflictualment– es regeixen pel Reglament 4/2009, de 18 de desembre de 2008, relatiu a les obligacions d'aliments; la seguretat social; el dret de transmissió o ajust entre els cònjuges, en el cas de divorci, separació judicial o anul·lació del matrimoni, dels drets de pensió de jubilació o d'invalidesa meritats durant el matrimoni i que no hagin donat lloc a ingressos en forma de pensió durant la seva vigència; la naturalesa dels drets reals sobre un bé; qualsevol inscripció en un registre de drets sobre béns mobles o immobles, així com els seus efectes (és a dir: si un immoble és a Es-



panya, independentment de quina sigui la llei aplicable i l'origen de la resolució, el dret immobiliari registral pertinent serà el de la llei i reglament hipotecaris; i la successió per causa de mort d'un dels cònjuges, que, en congruència amb l'RSE, es regirà per aquest (que determina, com a llei, en defecte d'elecció, la de la residència habitual del causant). D'aquesta manera, s'aparta del sistema establert per l'art. 9.8 Cc, que estipulava que la successió del vidu es regiria per la mateixa llei que el REM, cosa que obligava a dissociar entre la successió en general (subjecta a la llei de la nacionalitat) i la del cònjuge (regida per la del REM). Amb tot, aquesta dualitat es manté en l'àmbit interregional, si bé matisada per la doctrina de la DGRN que considera que els únics drets que s'han de regir per la llei del REM són els de caràcter familiar (aixovar, any de plor, compensació per raó de la feina).

III. Competència judicial internacional

A) Aclariment previ: què s'entén per òrgan jurisdiccional

Un cop determinat l'àmbit d'aplicació, el RREM estableix un conjunt de normes per determinar la competència dels òrgans jurisdiccional en relació amb el REM: és a dir, si es planteja davant una autoritat una qüestió relativa a aquesta matèria, en la qual hi ha un element internacional (diferent nacionalitat o residència dels cònjuges, ubicació de béns en diversos Estats), el RREM procedeix a determinar quin és l'òrgan competent per a tractar el cas.

Amb tot, convé precisar la noció (del mateix RREM) de "l'òrgan jurisdiccional". I, en aquest sentit, el fonament jurídic 29 aclareix que s'ha d'entendre en un sentit ampli, que inclou no només els òrgans jurisdiccional en el sentit estricte de la paraula, "sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos 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". I, no obstant això, afegeix que el terme "òrgan jurisdiccional" no ha d'incloure les autoritats no judicials d'un Estat membre amb facultats, segons el Dret nacional, per a



resoldre les qüestions relatives al règim econòmic matrimonial, "como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales". Aquesta última precisió no significa que els Notaris no conservin aquestes facultats, sinó que la seva competència (en l'àmbit internacional) no estarà determinada pel RREM, sinó per una altra norma diferent (en el nostre cas, per exemple, la Llei del Notariat; la Llei de cooperació jurídica internacional; el Reglament Notarial: textos que, tot i que són interns nacionals, inclouen normes de DIPr.).

B) Criteris competencials

1. Competència en els casos de crisi o extinció del matrimoni, ja sigui *mortis causa* o *inter vivos*.

a) Si ex RSE 650/2012, es planteja davant un òrgan jurisdiccional la *successió mortis causa* d'un dels cònjuges, els òrgans jurisdiccional d'aquest Estat seran competents per resoldre sobre el règim econòmic matrimonial en relació amb aquesta successió (art. 4); i

b) Segons l'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 obstant això, aquesta competència, en matèria de REM, exigirà l'acord dels cònjuges en determinats casos.

2. Competència general (art. 6 RREM)

Amb caràcter general, en aquells casos en els quals el cas no encaixi en l'apartat anterior (crisi o extinció del matrimoni), seran competents els òrgans jurisdiccional de l'Estat membre següent (competències en cascada o subsidiàries, no alternatives): a) aquell en el territori del qual els cònjuges tinguin la seva *residència habitual*; b) aquell en el territori del qual els cònjuges hagin tingut la seva **última residència habitual**, sempre que un dels dos encara hi resideixi; c) aquell en el territori del qual el *demandat tingui la seva residència habitual*; d) el de la *nacionalitat comuna* dels cònjuges.

3. Elecció de l'òrgan competent (art. 7 RREM)

No obstant això d'abans, el RREM permet vincular, de comú acord, la competència dels tribunals amb la llei aplicable al fons del cas (REM), independentment que aquesta sigui la llei escollida (ex art. 22 RREM) o la que, en defecte seu, resulti aplicable (ex art. 26.1 RREM).

Així mateix, aquests òrgans seran competents, fins i tot sense acord previ, si hi compareix el demandat.



Internacional



4. Altres supòsits. El *forum necessitatis*

A més de competències alternatives (art. 9 RREM) i subsidiàries (art. 10 RREM), l'art. 11 RREM preveu el fòrum de necessitat (*forum necessitatis*): per evitar indefensió (per manca de competència o inhibició de l'òrgan competent), seran competents els tribunals d'un Estat membre –amb el qual el cas tingui una “connexió suficient”–, però només si el procés no es pot desenvolupar en un tercer Estat amb el qual el cas tingui una connexió estreta.

5. Normes complementàries (arts. 12 a 18 RREM)

El RREM també inclou regles de DIPr processal relatives a les reconvençions; la limitació del procediment (que, si és el cas, no afectarà els immobles d'una herència provocada per un cònjuge que es trobin situats en un tercer Estat); què s'entén per “substanciació del cas davant un òrgan jurisdiccional”; verificació de la competència i de la seva admissibilitat; litispendència; demandes connexes; i mesures provisionals i cautelars.

III. Llei aplicable

Una qüestió diferent de la competència per a conèixer el cas (REM), és la llei aplicable.

1. Determinació de la llei aplicable

a) Elecció de la llei aplicable (arts. 22 a 25 RUR)

El primer criteri és l'autonomia de la voluntat, de manera que els cònjuges (actuals o futurs) poden (de comú acord, òbviament) designar o canviar la llei aplicable sempre que es tracti d'una de les lleis següents: la de la *residència habitual* d'un o ambdós en el moment de la celebració de l'acord; la de la *nacionalitat* de qualsevol dels dos en el moment de l'acord.

Per tant, es tracta d'una mena de *professio iuris* aplicada al REM, respecte de la qual s'adverteix que, tret que hi hagi acord, no té efectes retroactius, ja que “*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 relació amb la *validesa formal*, el pacte “*se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada*”, i s'admet “*toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero*”. No obstant això, si la llei de l'Estat membre de la residència habitual de les parts exigeix requisits formals addicionals per a aquest pacte, aquests requisits seran d'aplicació. La *validesa formal* dels capítols matrimonials es regula de manera anàloga a l'art. 25 RREM. (En realitat, en el nostre Dret, l'acte d'elecció de la llei aplicable implica, *per se*, l'atorgament de capítols,

encara que l'única clàusula sigui la d'elecció). Si resulta aplicable la llei espanyola, qualsevol que sigui (comuna o una altra), els capítols exigeixen, com a requisit essencial –*ad solemnitatem*– escriptura pública (art. 1327 Cc; 231-20 CCCat).

La *validesa material* de l'elecció (capacitat, vicis del consentiment, contingut) serà determinada, en principi, de conformitat amb la llei escollida (art. 25 RREM).

No obstant això, s'ha de distingir entre l'elecció de la llei aplicable (normativa del país escollit) de l'elecció del REM aplicable, *dins les possibilitats que ofereixi la llei escollida*. Així, per exemple, si dos cònjuges, francès i italià, escullen la llei espanyola comuna (Cc) i no indiquen res més, quedaran sotmesos al REM de guanyats (art. 1316 Cc). Però hi ha la possibilitat que, instal·lats en la llibertat capitular pròpia del Cc (arts. 1315 i 1325), escullin un REM diferent del de guanyats (separació de béns, participació o qualsevol altre que els cònjuges acordin dins els amplis límits que estableix el mateix codi: art. 1328 Cc). La primera seria l'autonomia de la voluntat conflictual; la segona, material.

b) Llei aplicable a manca d'elecció (art. 26 RREM)

A manca d'elecció, la llei aplicable serà la llei de l'Estat de la *primera residència habitual comuna* dels cònjuges després de la celebració del matrimoni. Per tant, aquesta serà la solució que gairebé sempre s'aplicarà, ja que l'experiència ens indica que la majoria de matrimonis no atorguen capítols.

No obstant això, en defecte de la llei de la residència comuna (hipòtesi possible, però una mica estranya: els cònjuges solen viure junts, i fins i tot es presumeix: art. 69 Cc), s'aplicarà la de la *nacionalitat comuna* dels cònjuges en el moment de la celebració del matrimoni, i, a manca d'aquesta, aquella amb la qual ambdós cònjuges tinguin una *connexió més estreta* en el moment de la celebració del matrimoni, tenint en compte totes les circumstàncies.

Per tant, com anticipàvem, s'altera el punt de connexió de l'art. 9.2 Cc i la residència té prioritat sobre la nacionalitat.

No obstant això, excepcionalment, el jutge, a petició d'una de les parts, pot decidir que la *llei aplicable sigui la d'un altre Estat*, sempre que: 1r) els cònjuges mantinguin la



seva última residència habitual comuna en aquest Estat durant un període de temps *considerablement* (compte amb la interpretació d'aquest adverbí) més llarg que a l'Estat de residència comuna; i 2n) ambdós cònjuges s'hagin basat en aquesta altra llei per a organitzar les seves relacions.

De la mateixa manera que fèiem referència al cas de l'elecció de la llei, quan la que resulti aplicable ho sigui per algun d'aquests criteris, els cònjuges, dins la llibertat que els ofereix aquesta llei, poden pactar un règim diferent del supletori legal. De manera que, si per exemple, és aplicable la llei alemanya, poden evitar l'aplicació del REM de participació (supletori legal), mitjançant l'atorgament de capítols—que no escolliran la llei aplicable al REM, sinó un REM entre els quals permeti la llei aplicable.

2. Característiques de la llei aplicable: universalitat, unitat, àmbit

a) *Universalitat*: Segons l'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", la qual cosa implica que, si de conformitat amb els criteris de fixació que hem vist (elecció de les parts, solucions subsidiàries) resulta determinada, per un òrgan subjecte al RREM, una llei d'un tercer Estat (Xina, Perú, EUA), aquesta norma és l'aplicable. Ara bé, això no implica, per descomptat, que les autoritats d'aquest país estiguin vinculades per la determinació realitzada d'acord amb el RREM; per la qual cosa és possible que, si el cas es planteja en aquest país—o en un altre no subjecte al reglament—la llei que hagi de regir sigui diferent—ho serà de conformitat amb els punts de connexió, que no han de coincidir per força amb els del RREM.

b) *Unitat*. L'article 21 RREM estableix que la llei aplicable al règim econòmic matrimonial "se aplicará a todos los bienes [per tant, mobles i immobles] incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados".

És una norma paral·lela a la dels arts. 21 RUR (la llei aplicable a la unió estable de parella registrada s'aplica a tots els seus béns) i 20 RSE (la llei aplicable a la successió regeix per a tota l'herència).

c) *Àmbit de la llei aplicable*. La llei aplicable (art. 27 RREM) regularà "entre altres coses"—per tant, enumeració oberta—: a) la classificació dels béns d'un o ambdós còn-



juges en diferents categories (privatius o comuns, per exemple) durant la vigència i després del matrimoni; b) la transferència de béns d'una categoria a una altra; c) la responsabilitat d'un dels cònjuges per les obligacions i deutes de l'altre cònjuge; d) les facultats, drets i obligacions de qualsevol o ambdós cònjuges respecte al patrimoni; e) la dissolució del règim econòmic matrimonial i el repartiment, la distribució o la liquidació del patrimoni; f) els efectes patrimonials del règim econòmic matrimonial sobre la relació jurídica entre un dels cònjuges i un tercer, i g) la validesa material dels capítols matrimonials.

3. Normes complementàries sobre la llei aplicable

a) Efectes davant de tercers

L'art. 28 RREM protegeix els tercers, de manera que la llei aplicable no es pot invocar per un dels cònjuges davant un tercer en un litigi, tret que el tercer conegui o, actuant amb la deguda diligència, hauria hagut de conèixer aquesta llei. I estableix un conjunt de supòsits en els quals es presumeix el coneixement pel tercer, per la qual cosa aquest no podrà al·legar la bona fe (en el sentit d'ignorant del REM).

b) Adaptació dels drets reals (art. 29 RREM).

Recollint una norma ja clàssica en els reglaments europeus, quan una persona

invoqui un dret real del qual sigui titular en virtut de la llei aplicable i l'Estat membre en el qual s'invoqui ho desconeixi, aquest dret s'ha d'adaptar a l'equivalent més semblant. Així, per exemple, l'atribució—en la dissolució del REM—d'un dret d'habitació sobre un immoble que es troba en un Estat membre que no el regula, obliga a adaptar-lo a la figura més propera (ús, usufruct, estatge—art. 54 Compilació balear—...).

c) Lleis de policia

Segons l'art. 30, el RREM no restringirà l'aplicació les lleis de policia (disposicions l'observança de les quals un Estat membre considera essencial per salvaguardar els seus interessos públics, com la seva organització política, social o econòmica) de l'Estat en què s'adopti la resolució (país del fòrum).

d) Ordre públic

El RREM no oblida el principi d'ordre públic, ja que l'aplicació d'una llei de qualsevol Estat (membre o no), només es pot rebutjar si "es manifestamente incompatible con el orden público del foro" (art. 31). Això passarà, per exemple, en els casos en què al país del fòrum no es reconegui la poligàmia; o els matrimonis entre persones del mateix sexe; o aquells en què un o ambdós membres són menors d'edat.



Internacional



e) Exclusió del reenviament

L'art. 32 RREM impedeix la temptació del reenviament (aplicació de la llei d'un país, que, al mateix temps, ens remet a una altra), en establir que la determinació de la llei d'un Estat s'entendrà que es refereix a les normes vigents en aquell Estat *diferents* de les normes de Dret internacional privat, és a dir, les normes materials, no conflictuals –ja que aquestes obriran la possibilitat de remetre'ns a una altra llei. D'aquesta manera, s'aparta de la solució –molt discutida– de l'art. 34 RSE, que no només admet el reenviament de primer grau (remissió de a la llei del fòrum, és a dir, de l'òrgan que coneix el cas, solució que abans estava avalada per l'art. 12.2 Cc), sinó també el de segon grau (rebot a un tercer Estat).

f) Estats amb diversos règims jurídics

De la mateix manera que altres reglaments europeus de DIPr., el RREM intenta resoldre el problema que es planteja quan, un cop ha estat determinada com a aplicable la llei d'un Estat, hi coexisteixen diferents sistemes legislatius. Això obliga a fer un pas més: fixar quina de les lleis vigents d'aquest país serà l'aplicable.

Per tant, la pluralitat legislativa pot ser de base territorial o personal.

f.1) La personal es produeix quan el règim jurídic de cada individu ve deter-

minat per elements o categories personals (raça, religió, casta). En aquests casos (Egipte, Indonèsia, Marroc), l'art 35 RREM estableix que la referència a la llei d'aquest Estat (per exemple, el Marroc) s'entén realitzada al règim jurídic de la categoria concreta (per exemple, jueva) fixada per les normes internes d'aquest Estat. Si no hi ha aquest tipus de normes, s'aplicarà el règim jurídic amb el qual els membres de la parella tinguin una connexió més estreta.

f.2) En els casos de pluralitat territorial (per exemple, els casos d'Espanya, Mèxic o els Estats Units: recordem que el RREM té una vigència universal, per la qual cosa és possible la remissió a la llei de tercers Estats), l'art. 34 RREM estableix que si la llei aplicable és la d'un Estat que compregui diverses unitats territorials (estats, regions, comunitats autònomes), amb les seves pròpies lleis, les normes internes de conflicte d'aquest Estat (dret interregional) determinaran la regió la llei de la qual és d'aplicació.

En el cas d'Espanya, els apartats 2 i 3 de l'art. 9 Cc, aplicables a l'àmbit interregional per la remissió genèrica de l'art. 16.1 Cc (que considera que la llei personal es correspon amb el veïnatge civil) estableixen el següent:

"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."

Per tant, en aquells casos en què hi hagi un element internacional acudirem al RREM, però si dels seus criteris resulta aplicable la llei espanyola i ambdós cònjuges són espanyols, haurem de recórrer al Cc. De la mateixa manera, quan el conflicte sigui exclusivament interregional (per exemple, entre la llei catalana i la llei gallega, sense element d'estrangeria previ), els Estats membres plurilegislatius estan obligats a aplicar el Reglament (art. 35 RREM), per la qual cosa regeixen, directament, les normes internes exposades.

A manca de normes internes de conflicte, el mateix art. 33 RREM estableix el següent: 1r) que les seves referències a la llei de l'Estat (per exemple, EUA) de la *residència habitual* dels cònjuges, s'entén feta a la llei de la unitat territorial (per exemple, Florida) en la qual tinguin la seva residència habitual; 2n) que la referència a la *nacionalitat* (vgr. mexicana) dels cònjuges, s'entendrà feta a la llei de la unitat territorial amb la qual tinguin una connexió més estreta (p.ex., Jalisco); i 3r) que tota referència a altres punts de connexió (per exemple, ubicació d'immobles), serà substituïda per la llei de la unitat territorial en la qual estigui ubicat l'element pertinent.

IV. Efectes de les resolucions i dels documents públics en altres països (arts. 36 a 61 RUR)

1. Resolucions

D'acord amb l'art. 36 RREM, les resolucions dictades en un Estat membre seran re-



conegudes en els altres Estats sense necessitat de seguir cap procediment. A aquest efecte, qualsevol interessat que invoqui el reconeixement d'una resolució a títol principal d'un litigi, pot sol·licitar, de conformitat amb els articles 44 a 57, que es reconegui la resolució.

Així mateix, segons l'art. 42 RREM, les resolucions dictades en un Estat membre i que siguin executables en aquest Estat, s'executaran en un altre Estat quan, a instàncies de qualsevol interessat, s'hagin declarat amb força executiva, de conformitat amb el procediment previst en els arts. 44 a 57 esmentats. La mateixa regla s'aplicarà als documents públics (art. 59 RREM).

2. Documents públics

En relació amb aquests (art. 58 RREM), els expeditos en un Estat membre tenen el mateix valor probatori en un altre Estat que en el d'origen, o l'efecte més semblant possible, sempre que això no sigui manifestament contrari a l'ordre públic de l'Estat membre de què es tracti.

Els que vulguin utilitzar un document públic en un altre Estat membre, poden sol·licitar a l'autoritat (per exemple, al Notari)



que l'hagi formalitzat a l'Estat d'origen que empleni el formulari previst en l'article 67.2 RREM, especificant el valor probatori que el document té a l'Estat d'origen.

Així mateix, no s'exigeix legalització ni cap formalitat anàloga pels documents expeditos en el marc del Reglament (art. 61 RREM), per la qual cosa no han de ser postil·lats.

El Reglament (UE) 650/2012: després dels primers anys d'aplicació, què preocupa els operadors jurídics?

Jaume Tarabal Bosch

Professor Lector de Dret Civil. Universitat de Barcelona

Maria Esperança Ginebra Molins

Professora titular de Dret Civil. Universitat de Barcelona

El 15 de juny de 2018 la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona (UB) va ser la seu del seminari "El Reglament (UE) 650/2012: després dels primers anys d'aplicació, què preocupa els operadors jurídics?", organitzat pels projectes de recerca DER2014-54267-P i 2017 SGR 151 amb la col·laboració del Col·legi de Notaris de Catalunya (CNC) i l'Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions (ACEDS).

No era la primera vegada que el grup de recerca de Dret civil dirigit per la Dra. Elena Lauroba Lacasa i el Dr. Ferran Badosa Coll (UB) feia una incursió en el Dret internacional privat per tractar precisament el Reglament (UE) 650/2012, "relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i a l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu". De fet, l'acte enllaçava amb el Cicle de Conferències organitzat pel mateix grup de recerca de la UB durant els mesos de març i d'abril de 2015, poc abans de l'aplicació efectiva de l'RS, el 17 d'agost d'aquest mateix any. Aquestes conferències i els resultats d'altres Jornades sobre l'RS organitzades pel CNC el 2014 es van publicar al monogràfic *El Reglament (UE) 650/2012: el seu impacte en les successions transfrontereres* (Ginebra Molins, M. E.; Tarabal Bosch, J. [dirs.], Marcial Pons, 2016). Les Jornades de 2014 (CNC) i les Conferències de 2015 (UB) se situaven en un moment previ de l'aplicabilitat de l'RS, i plantejaven, des d'un punt de vista necessàriament teòric, si estàvem preparats per a aquest nou escenari. El seminari d'aquest any, en canvi, s'ha proposat una anàlisi diferent que ha partit de valorar, des d'una perspectiva pràctica, les qüestions que desperta l'RS un cop

passats tres anys des de la seva aplicació efectiva.

El nou punt de vista va ser determinant del canvi de plantejament i de metodologia en la sessió del 15 de juny, i també en la seva preparació. L'aproximació als preceptes de l'RS no es va realitzar en abstracte, pensant en supòsits teòrics, possibles o potencials, sinó en concret, davant casos reals que els operadors jurídics es trobaven o havien provat de resoldre. Per això, l'acte va prescindir del format ponència-classe magistral sobre temes generals i va centrar l'anàlisi en qüestions concretes que preocupen els professionals del Dret en l'aplicació pràctica de l'RS. Per identificar i formular aquestes qüestions, el grup de recerca va comptar amb la col·laboració prèvia de membres del CNC i d'ACEDS, als quals va preguntar quins eren els dubtes sobre l'RS que se'ls plantejaven més sovint. Per part del CNC, l'interlocutor va ser el Dr. Ángel Serrano de Nicolás, Notari de Barcelona, que va centralitzar les qüestions que preocupen el col·lectiu notarial; el Sr. Jesús Gómez Taboada, Notari de Barcelona, es va encarregar de recopilar les preguntes d'ACEDS. Sobre aquesta base, el grup de recerca va seleccionar i va ordenar, amb l'ajut de la Dra. Cristina González Beilfuss, Catedràtica de Dret Internacional Privat de la UB, les qüestions que s'havien de tractar durant el seminari. De seguida, es va constatar la impossibilitat d'avaluar en un sol matí tots els aspectes que genera l'aplicació de l'RS, de manera que el qüestionari resultant no tenia pretensió d'exhaustivitat: per exemple, no contenia cap pregunta sobre reconeixement i execució de resolucions (Capítol IV RS), ni tampoc sobre la interrelació entre l'RS i els Reglaments (UE) 2016/1103 i 2016/1104, de 24 de juny de 2016, en matèria de, respectivament, règims econòmics

matrimonials i efectes patrimonials de les unions registrades, l'aplicabilitat dels quals era imminent (ja en vigor des del 29 de gener de 2019); es reservava així material per a actes acadèmiques futurs...

D'altra banda, al marge de la pluja d'idees domèstica, ja assajada en diverses ocasions, es va voler donar veu a un expert internacional que, des de la seva experiència en l'àmbit d'altres ordenaments jurídics nacionals, pogués proporcionar una perspectiva diferent. Amb aquest objectiu, es va convidar el Dr. Andrea Bonomi, professor ordinari de la Universitat de Lausana i director del Centre de Droit Comparé Européen et International de la mateixa ciutat, a més de coautor d'una de les obres de referència sobre l'RS, el comentari exegètic *Le droit européen des successions* (Bruylant, 2a ed. 2016).

La Jornada va discórrer en tres blocs en forma de diàleg. Es va intercalar el plantejament de les qüestions de cada bloc per part dels representants del CNC i d'ACEDS amb les reflexions i els comentaris sobre aquestes del Dr. Bonomi.

En el primer bloc, el Dr. Serrano de Nicolás i el Dr. Bonomi van intercanviar impressions sobre la plasmació pràctica d'alguns conceptes nuclears: el de successió internacional, com a pressupòsit d'aplicació de l'RS; el de residència habitual, com a punt de connexió general utilitzat per l'RS a l'efecte de determinar tant la competència judicial com la llei aplicable en defecte d'elecció (cons. 23 i 24; art. 4 i 21.1 RS), i la clàusula d'excepció a favor de la llei de l'Estat amb què el causant mantingués un vincle manifestament més estret (cons. 25 i art. 21.2 RS).

El segon bloc va tractar les dificultats derivades de la coexistència a Espanya de



set sistemes successoris diferents. El Sr. Jesús Bayo Delgado, advocat i exmagistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona, i el Dr. Bonomi van dialogar sobre la possibilitat que un espanyol fes la *professio iuris* (cons. 38 a 40 i art. 22.1 RS) a favor d'un dels Drets civils vigents a Espanya, així com sobre hipòtesis concretes que, segons els ponents, constituïrien en la pràctica supòsits d'elecció tàcita de la llei aplicable (art. 22.2 RS), com ara la utilització d'una institució típica d'un sistema successori determinat o la redacció de les disposicions testamentàries d'una manera que només tingués sentit en l'àmbit d'un ordenament jurídic concret. El debat sobre aquestes qüestions es va intensificar quan el Dr. Bonomi va manifestar que, al seu parer, la combinació dels art. 22 ("elecció de la llei aplicable") i 36 ("Estats amb més d'un sistema jurídic – conflictes territorials de lleis") RS no permet als espanyols l'elecció de la llei corresponent al veïnatge civil, sinó únicament optar genèricament per la "lleí espanyola" –com a llei de la nacionalitat del causant en el moment de l'elecció o de la mort–; partint d'aquesta idea –no compartida per alguns dels assistents–, atès que la "lleí espanyola" no existeix com a tal, si és escollida, el Dret aplicable s'hauria de concretar acudint a la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS.

La Jornada va discórrer en tres blocs en forma de diàleg. Es va intercalar el plantejament de les qüestions de cada bloc per part dels representants del CNC i d'ACEDS amb les reflexions i els comentaris sobre aquestes del Dr. Bonomi.

En el tercer bloc, el Sr. Gómez Taboada va posar en relleu l'escassa utilització pràctica encara del Certificat Successori Europeu (CSE) a Espanya i va plantejar al Dr. Bonomi alguns dubtes d'aplicació de l'RS derivats de particularitats del Dret espanyol, relatius, per exemple, a l'encaix dels Notaris en el concepte de "tribunal" de l'RS (cons. 21 i art. 3.2) i a la prova del Dret estranger a la llum de la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en



matèria civil. Al marge d'entrar en el debat sobre aquests aspectes, el feedback del Dr. Bonomi en aquest bloc es va centrar en la bona acollida del CSE a Suïssa (tot i no ser un Estat membre de la UE) i a Alemanya. A més, el Dr. Bonomi va informar l'auditori de la publicació imminent de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) relativa al Cas Oberle (C-20/17; 21.6.2018), que, amb l'objectiu d'evitar l'existència de procediments paral·lels sobre una mateixa successió, nega que un tribunal alemany pugui emetre un *Erbschein* nacional (certificat successori alemany) relatiu i limitat als béns de l'herència situats a Alemanya; atès que en el moment de la mort el causant residia habitualment a França, el TJUE decreta que, per aplicació dels arts. 4 i 64 RS, l'únic tribunal competent –per emetre un CSE que regeixi tota la successió, tant els béns situats a França com a Alemanya– és el francès.

Finalment, un cop abordades totes les qüestions, la Dra. González Beilfuss va fer algunes consideracions per concloure l'acte. Volem destacar-ne dues. La primera resulta de comprovar que, en el Dret internacional

privat de la Unió Europea, abunden els conceptes jurídics indeterminats, com ara el fonamental de "residència habitual". Davant d'això, recau en l'aplicador de l'RS la càrrega de l'argumentació, de la qual només es veurà alleugerit a mesura que el TJUE es pronunciï sobre la matèria; fins a la data ho ha fet en tres ocasions (Cas Kubicka [C-218/16; 12.10.2017], Cas Mahnkopf [C-558/16; 1.3.2018] i Cas Oberle [C-20/17; 21.6.2018]). La segona consideració deriva de la no-aplicació de l'RS als conflictes interns espanyols que, ara com ara, continuen regint-se pel Codi Civil Espanyol (CCE) i la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ). La coexistència en el nostre àmbit de dos sistemes –el de l'RS (conflictes internacionals) i el del CCE i la LOPJ (conflictes interregionals)–, amb diferències tan significatives –admissió/inadmissió de la *professio iuris*; residència habitual/veïnatge civil com a principal punt de connexió–, genera desequilibris de prou entitat per qüestionar si el legislador espanyol va aprofitar com devia la *vacatio* de tres anys (2012-2015) que oferia l'RS perquè els Estats membres adaptessin els seus sistemes respectius.

Deures i drets dels administradors

Gerardo Conesa Martínez
Notari de Barcelona

La presentació següent és una transcripció de la xerrada-col·loqui que el vocal de la Junta directiva del Col·legi de Notaris de Catalunya, el nostre company Javier Martínez Lehmann, va sol·licitar que em preparés per a ser exposada en un fòrum de caràcter eminentment pràctic i econòmic, al qual assistien com a públic empresaris experimentats a la seu de Foment del Treball Nacional. Per tant, té un caràcter eminentment didàctic i distès, sobretot per a qui escriu aquestes línies, atès el caràcter recent de la modificació dels articles corresponents de la Llei de societats de capital.

Drets – Remuneració i deures dels administradors

Pel fet de ser administradors han d'exercir efectivament l'administració i la representació de la societat, en l'àmbit extern i intern.

Amb caràcter extern, l'exercici de la representació de la societat implica l'exercici dels drets i la reclamació dels crèdits que hi ha a favor de la societat, tant judicialment com extrajudicialment, i el compliment de les obligacions als quals estigui compromesa la societat, en l'àmbit civil o mercantil, laboral, de la seguretat social i, per descomptat, de caràcter tributari.



I amb caràcter intern li correspon, com a òrgan que participa en les decisions de la societat, preparar l'ordre del dia de la Junta o del Consell d'Administració, participar activament en els debats i vetllar per l'execució i el compliment de les decisions dels òrgans esmentats.

La remuneració dels administradors

Es troba regulada a l'article 217 de la Llei de societats de capital, que determina:

217. Remuneració dels administradors.

"1. El càrrec d'administrador és gratuït, llevat que els estatuts socials estableixin el contrari i determinin el sistema de remuneració.

2. El sistema de remuneració establert determina el concepte o conceptes retributius que han de percebre els administradors en la seva condició com a tals i que poden consistir, entre d'altres, en un o diversos dels següents:



- a) una assignació fixa,
- b) dietes d'assistència,
- c) participació en beneficis,
- d) retribució variable amb indicadors o paràmetres generals de referència,
- e) remuneració en accions o vinculada a la seva evolució,
- f) indemnitzacions per cessament, sempre que el cessament no hagi estat motivat per l'incompliment de les funcions d'administrador, i
- g) els sistemes d'estalvi o previsió que es considerin oportuns.

3. L'import màxim de la remuneració anual del conjunt dels administradors en la seva condició com a tals ha de ser aprovat per la junta general i ha de romandre vigent mentre que no se n'aprovi la modificació. Llevat que la junta general determini una altra cosa, la distribució de la retribució entre els diferents administradors s'estableix per acord d'aquests i, en el cas del consell d'administració, per decisió d'aquest, que ha de tenir en consideració les funcions i responsabilitats atribuïdes a cada conseller.

4. La remuneració dels administradors ha de mantenir, en tot cas, una proporció raonable amb la importància de la societat, la situació econòmica que tingui en cada moment i els estàndards de mercat d'empreses comparables. El sistema de remuneració establert ha d'estar orientat a promoure la rendibilitat i sostenibilitat a llarg termini de la societat i incorporar les cauteles necessàries per evitar l'assumpció excessiva de riscos i la recompensa de resultats desfavorables."

Independentment de quina sigui la forma de càlcul, la retribució dels administradors és una despesa fiscal més per a l'empresa; per tant, és una despesa deduïble sempre que els Estatuts estableixin el sistema de retribució i la seva quantia de forma determinada o determinable. No obstant això, la regla general és la gratuïtat, fet que contrasta amb les funcions pròpies de l'exercici del càrrec i amb el règim de responsabilitats dels administradors. Per tant, el caràcter retribuït ha de constar en els Estatuts, els quals mitjançant la seva inscripció en el Registre Mercantil tenen eficàcia davant de tercers, de particulars i d'entitats públiques i, especialment, d'Hisenda.

Això no impedeix que els administradors també tinguin dret a ser reemborsats i compensats per les despeses o bestretes que hagin desemborsat en l'exercici diligent del càrrec o remunerats per les feines prestades a la societat diferents de l'administració social.

En tot cas, la Jurisprudència del Tribunal Suprem i les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat exigeixen claredat i precisió en la fixació del sistema de retribució, i s'ha de determinar si el sistema és de remuneració fixa o variable o un sistema mixt. En el cas que sigui remuneració fixa se n'ha de concretar la quantia o els criteris que permetin fixar-la sense discrecionalitat, i si és variable determinada per la participació en beneficis, se n'ha de determinar el percentatge en els Estatuts.

Recentment, la Sentència del Tribunal Suprem, de 28 de febrer de 2018, ha permès al Consell d'Administració determinar dins el seu si la quantia de la retribució que correspon a cada conseller en relació amb les seves funcions i competències dins l'import màxim de la remuneració anual del conjunt dels administradors que hagi aprovat la junta general, introduint certa flexibilitat en el sistema.

Segons el Suprem, el sistema de retribució dels administradors s'estructura en tres nivells:

- els Estatus socials, que han de fixar el sistema de retribució.
- els Acords de la junta, per establir l'import màxim de la remuneració anual dels administradors i, si és el cas, la política de remuneracions. També és necessari l'acord de junta quan es prevegi la participació en beneficis o el lliurament d'accions o d'opcions (arts. 218 i 219 LSC) i
- l'acord de l'òrgan d'administració (llevat que la junta determini una altra cosa), respecte a la distribució de la retribució entre els diferents administradors.

(Jesús Alfaro Àguila-Real)

La Llei proporciona, de forma exemplificativa i no limitativa, diversos sistemes de retribució, entre els quals:

- Una assignació fixa, de forma mensual, trimestral o anual o a tant alçat per exercici.



-Dietes d'assistència per assistir a reunions de l'òrgan d'administració; aquestes tenen també la consideració de despesa per a la societat, per la seva naturalesa sembla clar que no es poden aplicar als supòsits d'administració en què no hi ha reunions com el d'administrador únic o solidari.

-Participació en beneficis, amb la finalitat d'estimular els administradors per a l'obtenció d'un resultat empresarial, si bé amb els límits previstos en l'article 218 de la Llei de societats de capital, en el sentit que en la societat limitada el percentatge màxim de remuneració no pot ser superior al deu per cent dels beneficis repartibles entre els socis i en l'anònima han d'estar cobertes la reserva legal i estatutària i haver-se reconegut un dividend mínim del quatre per cent als accionistes; aquesta remuneració només pot ser sostreta del benefici net o repartible.

El sistema de la Llei es exemplificador, ja que no només es pot fixar en metàl·lic, sinó que també es pot fixar en espècie, mitjançant la concessió de l'ús residencial, de vehicles, atenant les quotes de clubs esportius o qualsevol altre avantatge de caràcter econòmic.

Una altra forma de remunerar és mitjançant la concessió de drets vinculats a l'evolució de les accions, anomenades Stock Options en què es lliura a l'administrador una opció sobre un paquet d'accions que s'han d'executar en un període determinat durant el qual ha de continuar prestant els

seus serveis a la societat i al preu de cotització establert en el moment de concessió de l'opció, per tant, lucrant-se si hi ha diferència entre l'un i l'altre.

Deures legals

Aquests es troben recollits en els articles 225 i següents de la Llei de societats de capital, després de la reforma operada per la Llei 21/2014, de 3 de desembre.

Article 225. Deure general de diligència.

"1. Els administradors han d'exercir el càrrec i complir els deures que imposen les lleis i els estatuts amb la diligència d'un empresari ordenat, tenint en compte la naturalesa del càrrec i les funcions atribuïdes a cadascun d'aquests."

Com s'observa, en aquest cas la Llei no fa referència a l'expressió comerciant ordenat, sinó a la d'empresari ordenat, així mateix, s'allunya de l'expressió utilitzada a vegades pel Codi civil del bon pare de família.

Cal veure en aquest criteri una pauta de conducta; l'administrador ha de fer el que en cada cas faria un empresari ordenat, complint les normes legals i els estatuts, com també *"les normes legals i estatutàries, els usos del tràfic i les pautes tècniques d'una bona administració tant generals com pròpies del sector o sectors d'activitat que desenvolupa la societat."*

"2. Els administradors han de tenir la dedicació adequada i adoptar les mesures necessàries per a la bona direcció i el control de la societat."

Per tant, supervisant el desenvolupament dels assumptes de la societat.

"3. En l'exercici de les seves funcions, l'administrador té el deure d'exigir i el dret d'obtenir de la societat la informació adequada i necessària que li serveixi per complir les seves obligacions."

Article 226. Protecció de la discrecionalitat empresarial.

"1. En l'àmbit de les decisions estratègiques i de negoci, subjectes a la discrecionalitat empresarial, l'estàndard de diligència d'un empresari ordenat s'entén complert quan l'administrador hagi actuat de bona fe, sense interès personal en l'afer objecte de decisió, amb informació suficient i d'acord amb un procediment de decisió adequat.

2. No s'entenen incloses dins de l'àmbit de la discrecionalitat empresarial les decisions que afectin personalment altres administradors i persones vinculades i, en particular, les que tinguin per objecte autoritzar les operacions que preveu l'article 230."

Als Estats Units s'ha desenvolupat una regla de protecció de la discrecionalitat empresarial coneguda com Business Judgment Rule, i que incorpora al nostre dret l'article esmentat, sent així que l'administració de la societat implica necessàriament la presa de decisions de mercat, de negoci o estratègiques, mitjançant el criteri de l'administrador i dels seus dependents, les quals, com que el mercat ni l'èxit empresarial són una ciència exacta, poden ser encertades o errònies des del punt de vista del seu èxit comercial o oportunitat. Per protegir aquesta discrecionalitat als administradors, no són responsables de l'èxit o fracàs del negoci, i per salvar la seva responsabilitat és suficient que la decisió empresarial s'hagi pres d'acord amb la Llei i els estatuts, de bona fe, sense interès personal, prou formats, és a dir, degudament aconsellats o assessorats i de conformitat amb un procediment de decisió d'un empresari ordenat.

Per això, el fracàs empresarial no pot ser causa de reclamació de danys i perjudicis als administradors, sempre que hagin actuat de conformitat amb els paràmetres anteriors; no obstant això, se'n pot determinar la destitució o disminució de la remuneració.

D'aquesta manera els administradors estan emparats, a l'hora de prendre decisions de mercat, impedit que incorrin en responsabilitat quan, malgrat haver-se pres de manera diligent, no han tingut èxit comercial.

Article 227. Deure de lleialtat.

"1. Els administradors han d'exercir el càrrec amb la lleialtat d'un representant fidel, obrant de bona fe i en el millor interès de la societat.

2. La infracció del deure de lleialtat no només determina l'obligació d'indemnitzar el dany causat al patrimoni social, sinó també la de tornar a la societat l'enriquiment injust obtingut per l'administrador."

Es tracta d'un model de conducta ofert pel legislador; la lleialtat diligència exigible és la d'un fidel representant que ha de perseguir únicament l'interès superior de la societat, per això els administradors han de retre comptes de la seva gestió, explicar-la i la Junta General de la societat l'ha d'aprovar o no.

Per influència dels models de bon govern corporatiu, l'article 228 de la LSC concreta els aspectes del deure de lleialtat.

Article 228. Obligacions bàsiques derivades del deure de lleialtat.

"En particular, el deure de lleialtat obliga l'administrador a:

a) No exercir les seves facultats amb fins diferents d'aquells per als quals li han estat concedides.

b) Guardar secret sobre les informacions, dades, informes o antecedents als quals hagi tingut accés en l'exercici del seu càrrec, fins i tot quan hagi cessat en aquest, excepte en els casos en què la llei ho permeti o requereixi."

El deure de secret implica el caràcter reservat de les informacions. Totes les que siguin d'interès per a la societat i a les quals hagi tingut accés per raó del seu càrrec, són reservades davant de tercers, fins i tot dels socis, però no davant dels altres administradors, que tenen un dret d'informació sobre tot el que fa referència a la societat.

El deure de secret esmentat no està subjecte a termini, és permanent, mentre subsisteixi l'interès de la societat i s'ha de mantenir en l'ordre processal civil, no en el penal.

"c) Abstenir-se de participar en la deliberació i votació d'acords o decisions en què ell o una persona vinculada tingui un conflicte d'interessos, directe o indirecte. S'exclouen d'aquesta obligació d'abstenció els acords o decisions que l'afectin en la seva condició d'administrador, com ara la seva designació o revocació per a càrrecs a l'òrgan d'administració o altres de significat anàleg.

d) Exercir les seves funcions sota el principi de responsabilitat personal amb llibertat de criteri o judici i independència respecte d'instruccions i vinculacions de tercers.

e) Adoptar les mesures necessàries per evitar incórrer en situacions en què els seus

interessos, siguin per compte propi o d'altri, puguin entrar en conflicte amb l'interès social i amb els seus deures amb la societat.”

Particularment, l'article 229 continua dient que el deure d'evitar situacions de conflicte d'interès a què es refereix la lletra e) de l'article 228 anterior obliga l'administrador a abstenir-se de:

“- Efectuar transaccions amb la societat, excepte que es tracti d'operacions ordinàries, fetes en condicions estàndard per als clients i d'escassa rellevància.

- Utilitzar el nom de la societat o invocar la seva condició d'administrador per influir indegudament en la realització d'operacions privades.

- Fer ús dels actius socials, inclosa la informació confidencial de la companyia, amb fins privats.

- Aprofitar-se de les oportunitats de negoci de la societat.

- Obtenir avantatges o remuneracions de tercers diferents de la societat i el seu grup associades a l'exercici del seu càrrec, llevat que es tracti d'atencions de mera cortesia.

- Dur a terme activitats per compte propi o compte d'altri que comportin una competència efectiva, sigui actual o potencial, amb la societat”.

L'administrador pot entrar en conflicte amb l'activitat de la societat mitjançant qualsevol tipus de comerç que exerceixi per compte propi, com a empresari o per compte d'altri com a administrador, directiu o treballador d'una altra societat, i es produirà competència quan l'activitat esmentada coincideixi temporalment o geogràficament amb la societat a la qual administra i pugui perjudicar els interessos de la societat, absorbint quota de mercat o aprofitant en benefici propi processos de la societat que administra.

Les previsions anteriors també són d'aplicació en el cas que el beneficiari dels actes o de les activitats prohibides sigui una persona vinculada a l'administrador.

En tot cas, els administradors han de comunicar als altres administradors i, si és el cas, al conseller d'administració o, si es tracta d'un administrador únic, a la Junta General, qualsevol situació de conflicte, directe o indirecte, que ells o persones vinculades a ells puguin tenir amb l'interès de la societat.

Les situacions de conflicte d'interès en què incorrin els administradors han de ser objecte d'informació en la memòria a què es refereix l'article 259.

L'article 230 estableix el caràcter imperatiu d'aquest règim i les possibilitats de dispensa per part de la societat en casos singulars i prèvia autorització, bé de la junta o bé d'un administrador.

Un cas especial és la dispensa de l'obligació de no competir amb la societat que només pot ser objecte de dispensa en el supòsit que no impliqui danys i perjudicis per a la societat o que els que calgui esperar es vegin compensats pels beneficis que es preveuen obtenir de la dispensa. La dispensa s'ha de concedir mitjançant un acord exprés i separat de la Junta General.

L'article 231 regula les persones vinculades als administradors que són, en termes generals, el cònjuge de l'administrador o les persones amb una relació d'afectivitat anàloga.

Els ascendents, descendents i germans de l'administrador o del cònjuge de l'administrador, els cònjuges dels ascendents, dels descendents i dels germans de l'administrador.

I persones anàlogues respecte de la persona física nomenada per l'administrador persona jurídica d'una altra societat.

Article 232. Accions derivades de la infracció del deure de lleialtat.

“L'exercici de l'acció de responsabilitat que preveuen els articles 236 i següents no obsta perquè s'exerceixin les accions d'impugnació, cessació, remoció d'efectes i, si s'escau, anul·lació dels actes i contractes



subscrits pels administradors amb violació del seu deure de lleialtat.”

Orientació bibliogràfica:

La mera lectura dels articles corresponents a la Llei de societats de capital és prou explicativa; els manuals a l'ús han quedat obsolets i tenen escàs contingut.

El lector que desitgi aprofundir en el tema dels deures dels administradors pot consultar una anàlisi pràctica i lúcida d'aquests deures a la publicació del Bufete Uría-Menéndez amb el títol:

Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, de 22 d'abril de 2015.

https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679

Jesús Alfaro Águila-Real ofereix una visió panoràmica i anàlisi crítica a: <https://almacenederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales/>

Sense menysprear, per descomptat, el ben fonamentat i complet MEMENTO MERCANTIL actualitzat d'EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE.

Responsabilitat Civil del Notari.

El notari com a testimoni en el procés civil

Marcos Mas Rauchwerk
Advocat de l'Estat

Naturalesa i fonament de la responsabilitat civil dels Notaris. Prova sobre els pressupòsits de la responsabilitat

1) Quina és la naturalesa i el fonament de la responsabilitat professional dels Notaris?

Deixant de banda els casos en què, el Notari, per la seva actuació o omissió, pot respondre penalment o disciplinàriament⁽¹⁾, aquest treball se centra en l'anàlisi de la responsabilitat civil en l'exercici de les seves funcions. I, precisament, l'heterogeneïtat de les prestacions i de les funcions que el Notari pot arribar a assumir i, sobretot, la seva funció bifront⁽²⁾ com a funcionari públic i com a professional del Dret, determina, en ocasions, uns perfils difusos sobre la naturalesa dels seus actes i, per tant, sobre el règim de la seva responsabilitat. Destaquem en aquest punt la STS, de 28 de novembre de 2007, que distingeix de manera molt gràfica les funcions que s'encomanen "com a Notari" i "per ser Notari", en què les primeres són les que es corresponen amb la seva funció pública (atorgament de l'instrument i advertències legals sobre el seu contingut, ex. art. 17 bis de la Llei del Notariat i art. 147 del Reglament Notarial), mentre que les segones són les que s'encarreguen al Notari per la seva condició de professional del Dret (com ara les funcions de gestió d'escriptures o de presentació de declaracions fiscals).



Podem sintetitzar la naturalesa de la responsabilitat professional dels Notaris en les característiques següents:

a) El seu origen, com és propi del Dret de danys, pot derivar tant d'il·lícits civils, ja sigui en forma de responsabilitat contractual (arts. 1101 i seg. CC) com extracontractual (arts. 1902 i seg. CC), o d'il·lícits penals, en forma de responsabilitat civil derivada del delicte (art. 1092 CC i art. 116 CP).

L'origen contractual o extracontractual de la responsabilitat no depèn del fet que

l'actuació notarial s'emmarqui en la funció pública o en la de professional del Dret⁽³⁾, sinó, en realitat, de la posició del perjudicat. En efecte, com indica Ballesteros Alonso⁽⁴⁾, la responsabilitat és extracontractual quan el danyat és un tercer aliè a l'atorgament de l'escriptura (p. ex. responsabilitat derivada de no haver identificat adequadament un compareixent que ha suplantat la personalitat del poderdant⁽⁵⁾) i, en canvi, és d'origen contractual quan el perjudicat sol·licita la intervenció notarial per a l'atorgament de l'instrument públic o bé contractant els serveis de l'oficina notarial per a la gestió i la

presentació de les escriptures als registres públics o per liquidar impostos.

La qualificació del tipus de relació no és intranscendent, ja que, encara que els presupòsits de la responsabilitat coincideixen, el règim de prescripció és divers, 5 anys ⁽⁶⁾ en el cas de la responsabilitat contractual i 1 any en el supòsit de responsabilitat extracontractual.

Sobre la configuració concreta de la relació contractual entre l'intervinent i el Notari, la doctrina i la jurisprudència són pràcticament unànimes a afirmar que es tracta d'una obligació de mitjans, no de resultat i, per tant, equiparable a un arrendament de serveis.

Sobre la configuració concreta de la relació contractual entre l'intervinent i el Notari, la doctrina i la jurisprudència són pràcticament unànimes a afirmar que es tracta d'una obligació de mitjans, no de resultat i, per tant, equiparable a un arrendament de serveis. Això no obstant, destaquem l'opinió fonamentada de VERDERA SERVER ⁽⁷⁾ que divergeix de la línia predominant i defensa que la prestació fonamental a la qual es vincula amb el client és el resultat consistent en la dació de fe mitjançant l'instrument corresponent, cosa que, afegida al fet que en la majoria dels casos es tracta d'una actuació deguda per al Notari (art. 145 del Reglament Notarial) i que, a més, el Notari no té llibertat per fixar la retribució dels seus serveis ⁽⁸⁾, la prestació sembla més un contracte d'obra que un arrendament de serveis.

b) La responsabilitat del Notari no solament deriva d'actes propis (o d'omissions) sinó, al seu torn, de fets aliens, és a dir pels danys i perjudicis ocasionats pels seus treballadors i agents o auxiliars, amb fonament en la culpa *in vigilando* que incumbeix el Notari respecte del personal al seu servei, i aquesta responsabilitat pot tenir tant un origen contractual com extracontractual, pel que fa a la posició del perjudicat com ja s'ha exposat. ⁽⁹⁾

c) Es tracta d'una responsabilitat personal i directa del Notari, ja que, encara que la seva condició de funcionari públic és indubtable, no percep els seus emoluments



de l'erari públic, sinó de les persones que contracten els seus serveis. És directa, en la mesura que no es pot canalitzar una acció de responsabilitat patrimonial davant l'Administració Pública (arts. 32 i seg. de la Llei 40/2015 de règim jurídic del sector públic), i és personal, ja que, al marge de respondre per fets aliens, com s'ha dit, no es pot situar la funció pública notarial en el marc de les societats professionals, per la qual cosa no és possible aplicar el règim de responsabilitat solidària que estableix l'art. 11.2 de la Llei 2/2007, de societats professionals.

En tot cas, és sobrer recordar que, quan algun dels intervinents en la producció del dany concorri culpablement (p.ex. el venedor que coneix l'existència d'un embargament que trava la finca objecte d'una venda), res no impedeix que s'imposi un règim de responsabilitat solidària, fins i tot impròpia.

d) És, lògicament, una responsabilitat subjectiva, per actuació negligent o culpable de l'agent causant del dany, com veurem de seguida. Ara bé, el principi de responsabilitat per culpa no és obstacle per advertir que la importància de la funció notarial ha desembocat en l'exigència d'una diligència professional extraordinària en l'exercici de les seves funcions ⁽¹⁰⁾ i fins i tot una certa objectivació de la culpa, o com diu encertadament TAPIA HERMIDA ⁽¹¹⁾, una "objectivació empresarial de la imputació" al Notari en determinats casos, como ara per les deficiències tècniques que es poden produir a la seva Notaria ⁽¹²⁾.

El fonament de la responsabilitat civil del Notari es basa, com la generalitat dels supòsits de responsabilitat professional, en l'apreciació del compliment de la *lex artis* o de les regles específiques de la professió.

Els deures notariaus apareixen disseminats en una plèiade inacabable de normes substantives que en fa pràcticament impossible l'enumeració; no obstant això, destaquem per la seva importància i rellevància pràctica els deures següents continguts en la legislació notarial:

- L'art. 23 de la Llei del Notariat, sobre el deure del Notari d'identificar les parts compareixents, l'incompliment del qual pot donar lloc a casos de suplantació de personalitat. ⁽¹³⁾

- L'art. 145 del Reglament Notarial sobre el caràcter obligatori de l'autorització o la intervenció del document públic, com també de l'obligació correlativa de no fer-ho si es produeix, al seu parer, infracció de norma legal o qualsevol dels supòsits que recull el precepte.

- L'art. 175 del Reglament Notarial sobre el deure de comprovació previ i d'informació a les parts sobre l'estat de càrregues de la finca objecte de l'instrument ⁽¹⁴⁾.

- L'art. 147 del Reglament Notarial sobre el deure general d'informar sobre el contingut i les conseqüències dels instruments que s'autoritzen o intervenen, respectant en particular els drets bàsics dels consumidors i dels usuaris ⁽¹⁵⁾.

- L'art. 194 del Reglament Notarial sobre l'obligació d'efectuar, de paraula i amb l'expressió "fetes les reserves i advertències legals", les prescripcions contingudes en el Codi Civil i de Comerç, legislació hipotecària i altres lleis especials.

De tota manera, el precepte clau sobre la responsabilitat civil dels Notaris es troba en l'art. 146 del mateix Reglament Notarial, segons la qual:

"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 precepte fonamenta tant la responsabilitat contractual com l'extracontractual del Notari, però mereix alguns comentaris addicionals:

a) En primer lloc, l'expressió "actuació" no obsta, com és lògic, les omissions del Notari que puguin ocasionar danys i perjudicis, tant si no fa els advertiments legals (art. 194), com, per exemple, si no informa sobre l'estat de càrregues d'una finca abans d'autoritzar un negoci jurídic real immobiliari (art. 175) o, fins i tot, no autoritzant l'instrument, que és un acte degut, sense acreditar una causa justa o la concurrència d'algun dels supòsits taxats de l'art. 145. D'altra banda, com ja s'ha dit, el Notari ha de respondre no solament per actes o omissions propis sinó, al seu torn, pels derivats de l'actuació dels seus treballadors o auxiliars, ex. art. 1903 CC.

b) La "tríada" sobre l'origen de la responsabilitat és innecessària o irrellevant a efectes civils. De primer, perquè l'expressió de la "ignorància inexcusable"⁽¹⁶⁾ no és un criteri d'imputació *per se*, sinó una modalitat agreujada de la negligència, que deriva, com hem vist, de la diligència especial que se suposa que ha d'aplicar el Notari en la seva funció o en el servei encomanat. Finalment, el criteri del dol acostuma a ser

irrellevant a efectes civils –bàsicament pel seu encaix habitual en tipus delictius– més enllà de l'agreujament dels supòsits de responsabilitat (art. 1102 CC) quan l'il·lícit sigui qualificat com a civil.

c) Finalment, crida l'atenció el criteri de reparació in natura que l'art. 146 preveu, mitjançant l'atorgament d'una nova escriptura, a costa del Notari, cosa que, lògicament, no exclou els altres danys i perjudicis ocasionats. En la majoria d'ocasions, els danys ja són irreversibles, per la consumació dels negocis intervinguts notarialment, de manera que l'autorització eventual d'una escriptura d'esmena, si és el cas⁽¹⁷⁾, no és un instrument hàbil per eliminar la responsabilitat per l'actuació del Notari.

La "tríada" sobre l'origen de la responsabilitat és innecessària o irrellevant a efectes civils. De primer, perquè l'expressió de la "ignorància inexcusable" no és un criteri d'imputació *per se*, sinó una modalitat agreujada de la negligència, que deriva, com hem vist, de la diligència especial que se suposa que ha d'aplicar el Notari en la seva funció o en el servei encomanat.

Al capdavant, com no podia ser d'una altra manera, de tot això d'abans es desprèn que la responsabilitat dels Notaris no és objectiva i es basa en els elements o els pressupòsits clàssics⁽¹⁸⁾, si bé, com passa en altres supòsits, la diligència especial que s'exigeix i es presumeix en l'actuació notarial permet objectivar-ne la culpa en determinats casos.

Analitzem a continuació aquests pressupòsits des de l'òptica probatòria.

b) Com es proven els pressupòsits de la responsabilitat del Notari?

Atès que la casuística és ingent, centrem l'estudi en els incompliments més freqüents dels deures assenyalats abans en la legislació notarial i que, per acció o omissió culpable, generen un dany reparable.⁽¹⁹⁾

1.- Així, en primer lloc, en relació amb el **deure d'identificar adequadament els**

compareixents (art. 23 de la Llei del Notariat):

L'omissió d'aquest deure es pot constatar fàcilment amb la prova d'interrogatori del mateix Notari, partint de la hipòtesi lògica que la part actora és un tercer no intervingent que ha vist suplantada la seva personalitat i que demanda contra el Notari i contra el fals apoderat, lògicament en un supòsit de responsabilitat extracontractual.

El problema en aquests casos és que, encara que es pugui acreditar l'existència d'un dany efectiu, la prova de la negligència del Notari i, més encara, la relació de causalitat entre aquest dany i l'actuació notarial, és complexa. Per descomptat, no és el mateix que es legítimi la signatura falsificada d'una persona (cosa que implica que el Notari no ho ha comprovat ni comparat amb el document original d'identitat del compareixent⁽²⁰⁾) amb altres casos en què, per molta diligència que se li exigeixi al Notari en el judici d'identitat, no cal imputar-li tasques detectivesques.

Per això, la Sentència número 314/2017, de 6 de juliol, de la Secció 9a de l'Audiència Provincial de Madrid estima el recurs d'apel·lació del Notari i l'exonera de responsabilitat en assenyalar 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 aquest cas, per tant, l'Audiència va considerar irracional la valoració de la prova practica en la instància (bàsicament documental i interrogatori de part), ja que del conjunt de fets acreditats es va poder concloure que la diligència notarial en aquests casos se cenyeix a la comprovació de les dades d'identitat essencials dels compareixents, sense que s'hagi d'erigir en una mena de perit cal·ligràfic obligat a ponderar la identitat de les signatures o de les dates d'expedició de documents identificatius.

En íntima relació amb el deure d'identificar els compareixents, destaquem la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid més recent (Secció 8a), de 19 de desembre de 2017, que va confirmar la sentència d'instància per la qual es condemnava una Notària per no haver exigint als interessats

l'exhibició del llibre de família del causant en l'atorgament d'una acta de notorietat (art. 209 del Reglament Notarial) a l'efecte de la declaració d'hereus abintestat, cosa que va propiciar la declaració a favor de persones interposades. Aquesta Sentència és especialment rellevant en la mesura que, després de reconèixer que la legislació notarial no exigeix l'aportació del llibre de família, aquest era un deure inherent a la funció notarial, pel zel i l'extraordinària diligència que requeria la seva intervenció.

En íntima relació amb el deure d'identificar els compareixents, destaquem la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid més recent (...), de 19 de desembre de 2017, que va confirmar la sentència d'instància per la qual es condemnava una Notaria per no haver exigit als interessats l'exhibició del llibre de família del causant en l'atorgament d'una acta de notorietat (art. 209 del Reglament Notarial) a l'efecte de la declaració d'hereus abintestat, cosa que va propiciar la declaració a favor de persones interposades.

2.- Respecte del deure **de conèixer i d'informar sobre l'estat de càrregues de la finca abans de l'atorgament del document (art. 175 Reglament Notarial)**, el problema fonamental en aquests casos és el de determinar, normalment mitjançant una prova pericial informàtica, a quina oficina, la notarial o la registral, és imputable l'error o la tardança en l'emissió de la informació. Lògicament, si la informació no consta emesa en el moment de l'atorgament, la responsabilitat seria imputable exclusivament al Notari que, de fet, mai no hauria d'haver autoritzat un instrument sense aquesta informació.

El dany efectiu i patrimonial és fàcilment acreditable mitjançant la documental pública, normalment amb una certificació de domini i càrregues de la finca en què es pot comprovar l'existència d'embargaments o de prohibicions de disposar anotades amb caràcter previ a la presentació en el diari de l'escriptura de compravenda o la hipoteca sobre la finca, ja que el comprador o el



creditor hipotecari veurà, sorprenentment, que el preu que va satisfer o la seva garantia real no es corresponen amb la realitat registral.

Així, per exemple la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Cantàbria, de 23 de febrer de 2017, va condemnar el Notari per no haver informat en les escriptures sobre les càrregues per afecció fiscal que pesaven sobre les finques adquirides, i n'hi va haver prou com a prova de la negligència (omissió del deure de l'art. 175 del Reglament Notarial) amb el document públic consistent en la nota registral prèvia a l'instrument. El dany patrimonial per als adquirents també es va acreditar documentalment, amb l'aportació de les cartes de pagament dels impostos d'afecció de les quals a la finca adquirida els era desconeguda en el moment d'atorgar l'escriptura pública. La demanda, en bona configuració de la relació juridicoprocessal, es dirigia tant contra els venedors (que havien deixat d'abonar els impostos derivats de la seva adquisició) i contra el Notari (per l'omissió del deure d'informar sobre l'estat de càrregues) i la relació de causalitat es va despatxar amb facilitat, sense necessitat de més prova, en assenyalar 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 patri-*

monial que sufre el comprador que ha de pagar tales afecciones".

El cas més paradigmàtic va ser el resolent per la Sentència del TS, de 18 de març de 2014, ja esmentada que, en el que ara interessa a l'efecte de la prova, va concloure que:

- La prova pericial informàtica⁽²¹⁾, practica en la instància, va ser clau per determinar que, contràriament al que assenyalava el Notari, la informació registral (amb l'anotació d'embargament) sí que constava emesa i rebuda per fax informàtic a la Notaria 3 dies abans de l'atorgament de l'escriptura, cosa que acreditava la negligència del Notari i el dany efectiu.

- Curiosament, la relació de causalitat es basa en una mena de presumpció, consistent en una premissa (el Notari ha de comptar amb els mitjans tècnics necessaris per prestar els seus serveis), de la qual s'extrau un títol d'imputació per negligència que, al nostre parer, resulta excessiu, dit sigui amb tot el respecte, ja que l'argument lògic, segons el criteri humà, hauria estat pensar que el Notari va informar sobre l'estat de les càrregues que li constava, abans de l'embargament, i, en qualsevol cas, que l'error en la no-recepció del fax informàtic del Registre podia obeir a un problema tècnic, que potser podria haver exonerat de responsabilitat el Notari demandat per força major (art. 1105 CC), i més en una situació de comunicació bilateral entre l'oficina notarial i la registral, sense acudir a la via unilateral de l'art. 220.10 de la LH. El problema,

segurament, no és tant de valoració de la prova, sinó de la utilització dels mitjans pertinents per a la defensa, ja que el Notari no va aportar cap prova acreditativa de la fallada tècnica del sistema en les dates comitants a l'atorgament.

3.- Pel que fa al **deure de realitzar les advertències i reserves legals (art. 194 del Reglament Notarial)**, que normalment es fan de paraula o s'insereixen en el document públic amb fórmules o clàusules d'estil, la qüestió és complexa, a efectes probatoris i, sobretot, respecte de l'abast real d'aquesta obligació d'assessorament, que es presta més en la condició de professional del Dret del Notari que en l'exercici de la funció pública.

En moltes ocasions, la problemàtica fiscal, per exemple, o la urgència d'atorgar un determinat, són qüestions de fet que el Notari no té per què conèixer si el compareixent no li explica la situació amb antelació. Per això, en aquests casos, una prova útil, en defensa de la posició notarial, és el simple interrogatori de la part actora, de la qual s'extrauran conclusions definitives sobre el que s'ha explicat i, per tant, del marc en què opera l'obligació d'assessorament i de reserves (també sobre "lleis especials") que incumbeix el Notari. Amb tot, es tracta d'un fet negatiu (la no-explicació de la problemàtica subjacent per part del client), amb la problemàtica que això comporta a efectes probatoris. Finalment, el que és normal és que operi també el principi de disponibilitat i facilitat probatòria (art. 217.7 de la LEC), de manera que, si el client ha lliurat al Nota-

ri els documents acreditatius de la situació per la qual se'n necessita l'assessorament, li correspongui aportar i provar el fet en què fonamenta la seva pretensió.

D'altra banda, fins i tot admetent una prestació defectuosa d'un servei d'assessorament fiscal per part del Notari, l'existència d'un dany patrimonial (que ha de ser definitiu i real, és a dir, aportant els documents públics pertinents –liquidacions tributàries i resolucions fermes que la confirmin–) és difícilment imputable a aquest, ja que és evident que, al marge dels consells o de les advertències efectuades, el subjecte passiu de l'impost és l'adquirent o el transmissor, únic obligat tributari i, per tant, responsable definitiu de la seva declaració fiscal.

Això no obstant, sense que aquest assessorament defectuós pugui arribar a comportar una translació del règim de responsabilitat per pèrdua d'oportunitat típica d'altres professionals (advocats), la veritat és que últimament estem assistint a una veritable hipertròfia de la diligència exigible als Notaris al sempre tempestuós tema de l'assessorament fiscal⁽²²⁾.

Cal tenir en compte en aquest punt la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid núm. 291/2017, de 19 de juliol, que va condemnar una Notària per no haver fet constar en una escriptura de donació "l'origen dels fons", que és requisit necessari perquè la donatària es pugui aplicar la bonificació del 99% prevista en la legislació fiscal de la Comunitat de Madrid. L'assumpte presenta el seu interès, no tant per la im-

putació d'una negligència per la redacció defectuosa del document i per l'omissió del deure d'assessorar adequadament la donatària, sinó, sobretot, pels mitjans de prova acreditatius del dany i de la responsabilitat de la Notària. Així,

- El dany emergent es quantifica no només en la bonificació deixada de percebre, sinó al seu torn, en els honoraris d'advocat i de procurador abonats per recórrer en via judicial i les despeses de constitució i manteniment de l'aval que es va haver de prestar per a la suspensió de la liquidació practicada. La prova dels danys, en consonància clara amb el principi d'indemnitat integral, es va acreditar amb els documents públics i privats acreditatius de la liquidació tributària, les resolucions administratives i judicials que la van confirmar fins que va ser ferma, i les factures i proves del pagament dels honoraris d'advocats i de procuradors. És important també la clara denegació de l'argument –al·legat per la Notària– sobre la manca de proporció entre els aranzels cobrats per l'escriptura i els danys reclamats, ja que són qüestions que no tenen res a veure, i més quan l'import dels perjudicis acreditats i objecte de la demanda ni tan sols van ser posats en dubte per la demandada.

- La Notària, en exercici del seu dret de defensa, va al·legar que no tenia coneixement que la donatària volia aplicar-se la bonificació fiscal, ni va rebre un encàrrec concret per a tal assessorament. No obstant això, la prova acreditativa de la negligència professional va venir, en aquest cas, per una declaració testifical sorprenent, imparcial i assertiva de l'oficial de la mateixa Notària que, sense embuts, va contradir la versió de la Notària en afirmar que sí que sabia que la donatària s'acolliria a la bonificació, fins al punt, afegia, que ella i la mateixa Notària van estar comentant com introduir o deixar constància del requisit de l'"origen dels fons", davant la novetat del cas plantejat.

Índex sistemàtic de jurisprudència.

Sobre les diverses funcions del Notari

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem de 28 de novembre de 2007.

Sobre la diligència extraordinària exigible al Notari

SAP MADRID, SEC. 9a núm. 314/2017, de 6 de juliol.



Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem de 18 de març de 2014.

Sobre la prova de relació de causalitat com a element determinant de la responsabilitat

SAP CANTABRIA, SEC. 2a núm. 125/2017, de 23 de febrer.

Responsabilitat per infracció del deure d'identificació dels compareixents

SAP NAVARRA de 7 de gener de 2003.

SAP MADRID, SEC. 9a núm. 314/2017, de 6 de juliol.

Responsabilitat per infracció del deure d'informació sobre càrregues registrals

SAP CANTABRIA, SEC. 2a núm. 125/2017, de 23 de febrer.

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de 18 de març de 2014.

Responsabilitat per infracció del deure de realitzar advertències i reserves legals

SAP MADRID, SEC.19a núm. 291/2017, de 19 de juliol.

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de 14 de maig de 2008.

Extracte de jurisprudència rellevant.

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem de 28 de novembre de 2007

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de 28 de novembre de 2007

TERCER

Els Notaris són professionals als qui competeix l'exercici privat de funcions públiques (art. 1 de la Llei del Notariat [LN]). La seva actuació presenta així un doble vessant, funcional i professional (art. 1 II del Reglament de la Llei del Notariat (RCL 1945, 57) [RN]: «són, alhora, funcionaris públics i professionals del Dret»).

La naturalesa pública de les seves funcions es manifesta de manera plena en l'exercici de la fe pública notarial en l'esfera dels fets i en l'esfera del Dret, mitjançant l'extensió o l'autorització d'instruments públics i, parcialment, en les



activitats d'assessorament amb ocasió de l'autorització d'escriptures públiques.

Quan assumeixen funcions de tramitació de documents actuen com a professionals i no exerceixen funció pública (resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat [RDGRN], de 16 de gener de 1996 (RJ 1996, 5041)). Les seves obligacions es regeixen, en aquest supòsit, pel contingut del contracte mitjançant el qual s'obliguen a realitzar aquestes funcions en favor del client i per la regulació professional de caràcter col·legial, quan els sigui aplicable.

El contracte en virtut del qual s'obliguen a portar a terme funcions professionals de gestió, alienes a la fe pública, pot tenir una naturalesa diversa. En general, ofereix les característiques especials pròpies dels contractes de gestió, que la jurisprudència i la doctrina construeixen acudint prioritàriament, segons les circumstàncies, a les figures del mandat i de l'arrendament de serveis.

Aquests contractes, entre altres aspectes, es caracteritzen per la relació de confiança que regeix la relació entre el comitent i el gestor. L'abast de les obligacions del Notari deriva de l'abast d'aquesta confiança que, al seu torn, depèn no solament del contingut del contracte, sinó també de les circumstàncies de persones, de temps i de lloc (art. 1104 I CC [LEG 1889, 27]).

Entre aquestes circumstàncies figura de manera destacada el fet que, quan s'encomanen funcions de gestió d'escriptures públiques al Notari, no se

li encarrega la gestió com a Notari, és a dir, com a funcionari públic, però sí com a professional del Dret en qui concorre la condició de Notari. En expressió de l'RDGRN, de 16 de gener de 1996 (RJ 1996, 5041), «l'activitat de tramitació és una activitat extranotarial, en el sentit que no forma part de la funció notarial, ni en pot formar part»; però «en dur-la a terme el Notari no està actuant, per descomptat, "com a Notari", però sí que ho està fent "per ser Notari"».

Sentència de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de 18 de març de 2014.

NOVÈ

Convé no perdre de vista que la sentència d'instància declara provat que el fax informàtic tramès pel Registre el dia 18 de setembre, en el qual es donava compte del manament judicial d'embargament sobre la finca que havia de ser objecte de compravenda, va ser rebut a la Notaria el dia 19 de setembre, a les 9.47 hores.

De conformitat amb l'art. 175.1 del Reglament Notarial (RCL 1945, 57) (en endavant, RN), el Notari, abans d'autoritzar l'atorgament d'una escriptura d'adquisició d'un bé immoble, ha de comprovar la titularitat i l'estat de càrregues del bé. Per a això, ha de sol·licitar del Registre una nota informativa de l'estat de càrregues en aquest moment i que se l'informi de les posteriors, abans que autoritzi l'escriptura de compravenda. Les parts que van a la Notaria, especialment el comprador, confien que el Notari els



informarà adequadament de les càrregues que pesen sobre l'immoble objecte de la compravenda per evitar el que va passar en aquest cas, que el comprador presti el seu consentiment a la compra d'un immoble sense saber que s'acaba d'efectuar un embargament sobre aquest bé, que lògicament el devalua.

L'art. 146 RN (RCL 1945, 57) prescriu la responsabilitat civil del Notari respecte dels danys i perjudicis ocasionats per dol, culpa o ignorància inexcusable. No hi ha dubte que el fet que el Notari no deixés constància de l'embargament judicial que gravava l'immoble en el moment d'autoritzar l'escriptura de compravenda, va ocasionar un greu perjudici al comprador, que va consentir pagar un preu de 2.450.000 euros per aquest immoble, que estava devaluat en una xifra similar com a conseqüència de l'embargament. No es pot negar un nexe de causalitat entre aquesta conducta, ometre l'estat actual de les càrregues que pesen sobre l'immoble la escriptura de compravenda del qual s'autoritza, i el detriment patrimonial del comprador que s'obliga a pagar un preu per un immoble que, com a conseqüència de l'embargament, a penes té valor. I aquesta conducta és imputable al Notari que, encara que pugui al·legar que desconeixia la circumstància de l'embargament, aquesta ignorància no era excusable davant el comprador. Correspon al Notari tenir els mitjans tècnics necessaris per prestar els seus serveis, en aquest cas per assegurar-se que informa el comprador

de les càrregues que pesen sobre la finca que compra. En un cas com aquest en què el sistema de comunicació entre la Notaria i el registre no va funcionar, i es declara provat que el registre va trametre la comunicació en què informava de l'embargament i que la Notaria l'havia d'haver rebut, la ignorància del Notari sobre l'existència d'aquesta càrrega és inexcusable, als efectes de respondre, d'acord amb l'art. 146 RN (RCL 1945, 57), dels danys i perjudicis ocasionats al comprador.

Això d'abans no perjudica la possible responsabilitat en què hauria pogut incórrer la registradora de la propietat davant el Notari, si s'arriba a demostrar que els problemes de comunicació també es van deure al sistema informàtic del Registre.

SAP MADRID, SEC.9a núm. 314/2017, de 6 de juliol.

IV.- És cert, com diu la jutjadora d'instància, que no és habitual que una persona comparegui per atorgar un contracte davant Notari sense el DNI original, sinó amb una fotocòpia, i que per això el Notari havia "d'haver activat fins al fons el zel professional"; també es comparteix que la diligència exigible al Notari no és la normal del bon pare de família (article 1.104 del Codi civil (LEG 1889, 27)), sinó que s'exigeix una diligència professional, molt més rigorosa, un zel i prudència exquisits que garanteixin la legalitat i la regularitat dels actes que autoritza, amb compliment de tots els requisits legals i reglamentaris,

d'acord amb el prestigi i la importància de la funció notarial.

Però no per això es pot anar més enllà del que exigeixen les normes aplicables ni es pot presumir *a posteriori* que el Notari va haver de ser conscient o d'advertir una falsificació o una suplantació d'identitat quan això no estava al seu abast amb les dades de què disposava. No es pot veure la negligència imputada, com pretén la part actora, en què el Notari autoritzés l'atorgament de l'escriptura de compravenda sense que el venedor exhibís el DNI original (el fals); aquest DNI original fals va ser exhibit a la Notaria en les dues ocasions anteriors en què va comparèixer el venedor suplantador i havia estat fotocopiats a la Notaria; per tant no n'hi ha prou d'afirmar que el Notari va autoritzar la compravenda amb una fotocòpia i que, per això, va actuar de forma negligent, atès que havia vist l'original anteriorment i estava fotocopiats a la Notaria; res no feia pensar que fos fals; per aquest motiu, com és lògic, la comparació de la fotocòpia del DNI fals que el venedor va exhibir amb la fotocòpia d'aquest DNI fals que ja era a la Notaria no mostrés cap anomalia, ja que coincidien; en cap moment el Notari va tenir a la vista el DNI original vertader.

D'altra banda, a la vista del que s'exposa sembla clar que, tot i que hagués comparegut el suplantador amb el DNI original fals, el Notari no hauria pogut advertir cap anomalia, sinó que hauria autoritzat l'escriptura de compravenda igualment, de manera que cal suposar racionalment que també en aquest cas s'hagués consumat el frau, sense que aquest últim es pugui imputar, sense altre, a la utilització d'una fotocòpia del DNI fals.

V.- L'article 146 del Reglament notarial estableix que "El Notari ha de respondre civilment dels danys i perjudicis ocasionats amb la seva actuació quan es deguin a dol, culpa o ignorància inexcusable". En aquest cas no s'aprecia, d'acord amb el que s'ha exposat, culpa ni negligència en l'actuació del Notari demandat Sr. Jacobo, i es procedeix a estimar el recurs i a desestimar la demanda.

SAP MADRID, SEC.19a núm. 291/2017, de 19 de juliol.

L'única qüestió invocada ara i que difereix de l'esgrimida en la instància,

és la denominació que es fa en el recurs a la procedència dels fons donats; ara la recurrent es refereix a "l'origen últim dels fons", com el que no va fer constar en l'escriptura, amb la intenció de ressenyar que sí que va quedar plasmat, en l'escriptura, la procedència dels fons, referint-se a les transferències abans esmentades.

Aquesta al·legació no pot justificar de cap manera la pretensió revocatòria que es formula en aquesta alçada; quan l'article 3. cinc. 2 de la Llei 7/2005, de 23 de desembre (LCM 2005, 542) de mesures fiscals i administratives, per a l'any 2006, es refereix a les "Bonificacions en les adquisicions *inter vivos*" no es refereix sinó a l'origen dels fons, sense establir la diferència que ara sembla posar de manifest la recurrent: "en les adquisicions *inter vivos*, els subjectes passius inclosos en els Grups i i II de parentiu dels que preveu l'art. 20.2.a) de la Llei 29/1987, de 18 de desembre (RCL 1987, 2636), de l'impost sobre successions i donacions, han d'aplicar una bonificació del 99 per 100 en la quota tributària derivada d'aquestes. És requisit necessari per a l'aplicació d'aquesta bonificació que la donació es formalitzi en document públic.

Quan la donació sigui en metàl·lic o en qualsevol dels béns o drets previstos en l'art. 12 de la Llei 19/1991, de 6 de juny (RCL 1991, 1453 i 2389), de l'impost sobre el patrimoni, la bonificació només és aplicable quan l'origen dels fons donats estigui degudament justificat, sempre que, a més, s'hagi manifestat en el mateix document públic, en què es formalitzi la transmissió, l'origen d'aquests fons".

L'única qüestió invocada ara i que difereix de l'esgrimida en la instància, és la denominació que es fa en el recurs a la procedència dels fons donats.

La qüestió que la recurrent sembla que esgrimeix amb aquestes al·legacions ja va quedar resolta en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció 9a, de data 8 d'abril de 2013, resolutòria del recurs contenciós administratiu que la Sra. Isidora va interposar contra la resolució dictada pel Tribunal Econòmic Administratiu



Regional de Madrid, de data 28 d'octubre de 2010, per la qual es desestimava la reclamació econòmica administrativa interposada contra la resolució que confirmava en reposició la liquidació emesa per la Direcció General de Tributs de la Conselleria d'Hisenda de la Comunitat de Madrid pel concepte de donacions; en l'esmentada sentència ja es rebutja la pretensió que ara sembla reproduir-se, en el sentit que no es pot entendre complert el pressupòsit previst en la norma esmentada abans, en relació amb la designació i la justificació de la procedència dels fons en la mateixa escriptura de donació per la mera designació del vehicle a través del qual arriben aquests fons a la donatària; així, en el cinquè dels fonaments de dret de la sentència referida, es diu "No es pot entendre que la dita estipulació reflecteixi ni tan sols mínimament l'origen dels fons donats per tal com aquest origen no es pot confondre amb l'instrument bancari que s'utilitzi per efectuar la donació que no reflecteix aquest origen, sinó el mitjà pel qual els fons arriben en poder de la recurrent".

Encara que un dels fets constats en l'acte de l'audiència prèvia com controvertits va ser el relatiu a si la Notària demandada tenia o no coneixement que l'ara demandant es volia acollir a la bonificació esmentada abans, és cert que s'ha constatat que va ser així del que s'ha acreditat en actuacions; tant la mateixa demandada com la testimoni i oficial de la Notària, Sra. Noemí, han reconegut que la Sra. Isidora es volia acollir a aquest

benefici fiscal, de tal manera que l'hi va dir a l'oficial de la Notària i aquesta a la Notària actuant.

No necessitava, per tant, la donatària un assessorament especial ni tampoc no va requerir, en aquest cas, a la Notària perquè li proporcionés aquest assessorament, només cercava que l'actuació de la Notària, amb la redacció de l'escriptura, li proporcionés la finalitat pretesa, cosa que no va obtenir, sens dubte, a la vista de la sentència esmentada abans; una sentència que és ferma i que és la que finalment va afectar la relació en virtut de la qual s'actua sense que sentències posteriors emeses pel mateix òrgan judicial en sentit diferent puguin alterar la qüestió de fet que se sotmet a debat.

La mateixa oficial de la Notària va reconèixer en l'acte del judici que ella i la Notària van estar tractant el tema de la redacció de l'escriptura perquè era la primera vegada que es plantejava la qüestió relativa a una donació de fons sotmesa a la bonificació ja esmentada i van entendre que la ressenya de "l'origen dels fons" a què es referia el text legal que abans ha quedat transcrit quedava cobert amb "la ressenya de les transferències"; també va assenyalar que aquesta determinació s'ha de fer per part de la Notària, que no dels clients que no saben com s'ha de redactar el document públic, al·legant, finalment, que a la fi van comprovar l'error començant a identificar "el mitjà de pagament amb l'origen dels fons".



No hi ha dubte que, en aquest cas, es va incomplir la previsió continguda en l'article 1 del Decret de 2 de juny de 1944, pel qual s'aprova el Reglament de l'Organització i el Règim del Notariat, que establia, en la data de l'atorgament de l'escriptura de referència, que "els Notaris són alhora professionals del Dret i funcionaris públics, i correspon a aquest doble caràcter l'organització del Notariat. Com a professionals del Dret tenen la missió d'assessorar els qui reclamen el seu ministeri i aconsellar-los els mitjans jurídics més adequats per assolir les finalitat lícites que aquests es proposen assolir".

SAP MADRID SEC. 8a, núm. 543/2017, de 19 de desembre

TERCER

La normativa legal no imposa l'aportació del llibre de família.

No la imposava l'art. 977 LEC (RCL 2000, 34, 962 i RCL 2001, 1892) que establia que "Els hereus *abintestat* que siguin descendents del finat poden obtenir la declaració del seu dret justificant amb els documents corresponents o amb la prova que sigui possible la mort de la persona de la successió de la qual es tracti i el seu parentiu amb aquesta; i amb informació testifical, que aquesta persona ha mort sense testar, i que ells, o els qui designin, són els seus únics hereus"; ni l'art. 56.1 de la Llei del Notariat, de 28 de maig de 1862 (en endavant LN) modificat per la disposició

final onzena de la Llei 15/2015, de 2 de juliol (RCL 2015, 1016, 1354), per virtut del qual "El requeriment per a la iniciació de l'acta ha de contenir la designació i les dades identificatives de les persones que el requeridor consideri cridades a l'herència i anar acompanyat dels documents acreditatius del parentiu amb el difunt de les persones designades com a hereus, com també de la identitat i del domicili del causant".

I tampoc no la imposa l'art 209 bis, regla 4 b) RN que exigeix acompanyar el llibre de família del causant (article 8 LRC (RCL 2011, 1432) i 36 i següents del RRC –RCL 1958, 1957, 2122 i RCL 1959, 104) o, alternativament, les certificacions corresponents del Registre Civil acreditatives del matrimoni i filiació (art. 7 LRC), atribuint-los valor probatori idèntic. Diu així que "L'interessat ha d'asseverar la certesa dels fets positius i negatius en què s'hagi de fundar l'acta, i han d'acreditar documentalment: b) La relació de parentiu de les persones que el requeridor designi com a hereus del causant. Ha de presentar el llibre de família del causant o les certificacions corresponents del Registre Civil acreditatives del matrimoni i filiacions. Els documents presentats o testimoni d'aquests han de quedar incorporats a l'acta."

No hi ha dubte que, en aquest cas, es va incomplir la previsió continguda en l'article 1 del Decret de 2 de juny de 1944, pel qual s'aprova el Reglament de l'Organització i el Règim del Notariat, que establia, en la data de l'atorgament de l'escriptura de referència, que "els Notaris són alhora professionals del Dret i funcionaris públics".

No obstant això, si no s'aporta el llibre de família cal extremar la diligència i el deure de cura exigible, activant les cauteles necessàries per assegurar la notorietat dels fets, ja que els interessats poden ometre, deliberadament o no, l'aportació de determinades certificacions de matrimoni i filiació; a això se suma que el sistema de publicitat de la Llei de Registre Civil de 1957, vigent en la data de tramitació de l'acta notarial (2007), era objectivament

deficient, ja que els assentaments relatius a una mateixa persona es podien trobar disgregats en diversos registres amb intercomunicació inexistent o deficient entre ells, i els fets inscriptibles es reflectien en llibres i seccions diferents, cosa que obstaculitzava considerablement la recerca de dades d'una persona, i es feia descansar la bondat de la informació oferta mitjançant l'aportació de les certificacions registrals en la probitat i la bona fe dels interessats.

Precisament, un dels aspectes més significatius de la reforma ha estat la creació per a cada persona d'un registre individual en el qual es reflecteix la seva trajectòria vital. D'aquesta manera s'expressa l'article 5.1 i 2 de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre civil, en dir que cada persona ha de tenir un registre individual en el qual constaran els fets i els actes relatius a la identitat, l'estat civil i altres circumstàncies en els termes d'aquesta Llei. I, l'article 5.3 que, en el Registre Civil, s'inscriuran o anotaran continuadament, successivament i cronològicament tots els fets i els actes que hi tinguin accés. Amb la Llei 20/2011, el registre individual de cada persona, obert amb la inscripció de naixement o amb el primer assentament que es practiqui, es converteix en una mena de fitxer personal complet en què consten tots els fets determinants del començament i de la fi de la personalitat i dels que originen els canvis d'estat civil. I en coherència amb aquest sistema la disposició transitòria tercera de la Llei 20/2011 ja preveu que "A partir de la data d'entrada en vigor d'aquesta Llei no s'expediran més llibres de família. Els llibres de família expedits amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei continuaran tenint els efectes que preveuen els articles 8 i 75 de la Llei del Registre Civil, de 8 de juny de 1957, i s'hi seguiran efectuant els assentaments previstos en els articles 36 a 40 del Reglament de la Llei del Registre Civil aprovat per Decret de 14 de novembre de 1958".

Un cop establert això d'abans, que evidència la importància de l'aportació del llibre de família del causant, en aquest cas, tot i que no es va fer constar a l'acta el requeriment exprés de la seva aportació (art. 209 tercer RN), hem d'estimar provat que sí que es va requerir a les interessades que van manifestar que l'havien extraviat; i així també es recull en la sentència de la Secció 29 de l'AP Madrid recaiguda en procediment abreuja 429/2010 que va apreciar que "La Notària acusada va complir

els requisits formals de l'art. 209 bis. Creiem plausible que a la Notaria es demanés el llibre de família a Juliana —com declara la Notària i l'oficial de la Notaria, també acusat i que aquesta digués que no el tenia, que va ser precisament en el que no va mentir. És plausible per una raó molt senzilla: el llibre de família el tenia el seu germà, l'acusador particular, que, per cert, va ser qui el va incorporar a judici. Amb això es van habilitar les possibilitats alternatives de l'art. 209 bis del Reglament Notarial, certificacions del Registre Civil, etc., de manera que la Notària acusada, formalment, va complir amb la legislació i la reglamentació vigents”.

Tot i que es pugui qüestionar en aquesta seu civil si el Sr. Avelino va aconseguir el llibre de família després de la mort de la seva mare, com sosté, o si ja el tenia en el moment de l'acta de notorietat, com s'estima acreditat en la sentència penal, aquesta dada no és determinant per a la decisió del recurs, ja que, com es va avançar, la legislació no n'imposa imperativament l'aportació, de manera que el que s'ha de valorar és si un cop iniciat l'expedient amb l'aportació tan sols de les certificacions de matrimoni i filiació, el Notari, a qui la Llei atribueix discrecionalitat absoluta per practicar les proves que condueixin a aconseguir-ne la convicció, va practicar les proves necessàries per a la creació d'un estat de convicció bàsic i objectiu per a l'emissió del judici de notorietat.

Efectivament, l'art. 209. 2n RN, amb caràcter general, estableix que “El Notari ha de practicar, per a la comprovació de la notorietat pretesa, totes les proves que consideri necessàries, siguin o no proposades pel requeridor. I ha de fer requeriments i notificacions personals o per edictes quan el requeridor ho demani o quan ell ho consideri necessari. En el cas que, a parer del Notari, fos presumible perjudici per a tercers, coneguts o ignorats, ha de notificar la iniciació de l'acta per cèdula o edictes, a fi que, en el termini de vint dies, puguin al·legar el que considerin oportú en defensa dels seus drets, i el Notari haurà d'interrompre la instrucció de l'acta, quan sigui procedent, per aplicació del nombre cinquè d'aquest article”. L'art. 209.5 bis RN diu que “També s'han de practicar les proves proposades pel requeridor, com també les que es considerin oportunes, especialment les dirigides a acreditar-ne la nacionalitat i el veïnatge civil i, si és el cas, la Llei d'estrangera aplicable”. I l'art. 56.2 LN



assenyala que “El Notari, a fi de procurar l'audiència de qualsevol interessat, ha de practicar, a més de les proves proposades pel requeridor, les que es considerin oportunes, i especialment les dirigides a acreditar-ne la identitat, el domicili, la nacionalitat i el veïnatge civil i, si és el cas, la llei estrangera aplicable”.

En aquest cas no es va acordar cap altre mitjà de prova ni tampoc es va procedir a la publicació d'edictes en butlletins oficials, diaris o taulers d'ajuntaments per tal de posar en coneixement de qualsevol persona que es pogués veure afectada per l'expedient o que es cregués amb igual o millor dret, l'existència d'aquest a l'efecte de comparèixer a la Notaria i al·legar el que considerés oportú en defensa dels seus drets, cosa que evidencia que la Notària apel·lant no va exhaurir la diligència exigible fent usos dels mecanismes autoritzats per la normativa aplicable.

- (1) La responsabilitat disciplinària es pot desprendre de la seva relació de supremacia especial amb el centre directiu del qual forma part com a funcionari públic (la Direcció General dels Registres i el Notariat) o per la seva condició de professional col·legiat, de la qual deriva una responsabilitat deontològica a través del Col·legi de Notaris o del Consell General del Notariat.
- (2) Aquesta funció bifront es dedueix nítidament de l'art. 1.2 del Reglament Notarial quan adverteix que “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este do-

ble 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 Sentència del TS, de 6 de maig de 1994 (RJ 1994, 3718), ja va advertir 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 l'obra col·lectiva *La responsabilidad civil profesional* (Dir. J.I. Álvarez), Consell General del Poder Judicial, Madrid 2003, p. 67 a 131.
- (5) Sentència del TS, de 5 de febrer de 2000 (RJ 2000,251), Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, de 7 de maig de 2003 (AC 2003, 11893), o Sentència de l'Audiència Provincial de València, de 27 de desembre de 2004 (AC 2005, 742), entre moltes altres.
- (6) Després de la Llei 42/2015, s'ha modificat l'art. 1964 del CC, amb els efectes transitoris que deriven de la disposició transitòria cinquena, encara que s'ha de tenir en compte que, quan el contracte se celebra a Catalunya (al



marge d'altres punts de connexió), s'aplicarà la prescripció decennal de l'art. 121-20 del Codi civil de Catalunya.

- (7) *La responsabilidad civil del Notario*, Thomson Civitas, 2008, p. 126 i seg.
- (8) A través de l'aranzel que regula el Reial decret 1426/1989, de 17 de novembre, encara vigent.
- (9) La responsabilitat del Notari com a empresari, normalment situada en l'àmbit de l'art. 1903 del CC, té la seva màxima expressió en la Sentència del TS, de 6 de juny de 2002 (RJ 2002,6755), que assenyalava 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 Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, núm. 314/2017, de 6 de juliol (Secció 9a), si bé exonera la Notària de la responsabilitat en la comprovació de certes dades dels compareixents, li exigeix un *"exquisito celo y prudencia que garanticen la legalidad y regularidad de los actos que autoriza"*.
- (11) Conferència dictada al Col·legi de Notaris de Madrid, Salón Académico, de 16 de novembre de 2017.
- (12) Es feia al·lusió al cas resolt per la Sentència del TS, de 18 de març de 2014, que va condemnar un Notari per no disposar dels mitjans tècnics necessaris per prestar els seus

serveis, concretament per assegurar-se que informa el comprador de les càrregues que pesen sobre la finca que compra, ex. art. 175 del Reglament Notarial.

- (13) En aquests casos, la jurisprudència menor de les Audiències –de la qual és senyera la més recent Sentència núm. 314/2017, de 6 de juliol, ja esmentada– acostumen a desestimar les reclamacions contra Notaris en els casos de falsificacions de documents d'identitat o passaports, ja que l'obligació del Notari és identificar els intervinents pels seus documents d'identitat, sense que això comporti el deure d'investigar xarxes delictives ni el deure de disposar a l'oficina de màquines o d'elements suficients per descobrir aquest tipus de falsificacions.
- (14) Sense perjudici que, quan es faci per altres mitjans, pugui concórrer la negligència del Registrador, el cas imputable exclusivament al Notari és el previst en el paràgraf 3 de l'art. 175 sobre l'accés telemàtic, com més aviat o més pròxim al moment de l'atorgament, mitjançant signatura electrònica i sense intermediació del Registrador, en els termes de l'art. 222.10 de la Llei Hipotecària.
- (15) No és sobrer recordar que l'art. 147 del Reial decret legislatiu 1/2007 pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris inverteix la càrrega de la prova en els danys ocasionats a consumidors, llevat que el prestador del servei (categoria en la qual, sens dubte, s'inclou el Notari, ex. art. 4 del Text refós) acrediti que ha complert les exigències i els requi-

sits establerts reglamentàriament. Aquesta és una qüestió de recent polèmica al fil de les escriptures de préstecs hipotecaris amb clàusules potencialment abusives (clàusules sòl a què es refereix la Sentència del TS de 9 de març de 2017) i, probablement, de més incidència en un futur pròxim si s'aprova el Projecte de Llei reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, actualment en fase parlamentària al Congrés dels Diputats.

- (16) Utilitzat, per exemple, en l'art. 705 del CC sobre la responsabilitat del Notari que, per ignorància inexcusable, hagués autoritzat un testament sense les solemnitats legals.
- (17) El marge d'operativitat del mal anomenat instrument d'esmena (art. 153 del Reglament Notarial), només previst per a rectificar errors materials i omissions, demostra la inutilitat de la fórmula de la reparació *in natura* prevista en l'art.147.
- (18) Acció o omissió culpable, dany efectiu indemnitzable i relació de causalitat entre l'actuació de l'agent productora del dany i el perjudici ocasionat.
- (19) Prescindim del cas paradigmàtic d'omissió que és quan el Notari es nega a atorgar l'instrument sol·licitat, que és acte degut, ja que poden concórrer nombroses causes exculpatòries recollides en l'art. 145 del Reglament i que és, en realitat, un supòsit poc freqüent en la pràctica. Es podria dir que davant aquesta tessitura, els atorgants prefereixen esmenar els defectes o, simplement, canviar de Notari.
- (20) La Sentència de l'Audiència Provincial de Navarra, de 7 de gener de 2003, condemna el Notari a indemnitzar els danys ocasionats.
- (21) Lògicament, es tractava d'una pericial judicial, amb totes les garanties d'imparcialitat i de contradicció.
- (22) No s'ha de confondre amb els arrendaments concrets de serveis en què, al marge de les funcions notariales, s'encarrega al Notari la presentació dels documents al Registre o la presentació i la liquidació dels impostos inherents a documents autoritzats per ell, el règim dels quals és diferent. Així ho ha destacat la Sentència del TS, de 14 de maig de 2008, quan matisa 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 Notari com a testimoni en el procés civil

1.- Quins límits té el Notari quan és cridat com a testimoni? ⁽¹⁾

El marc normatiu en el qual s'estableixen els límits de qualsevol professional citat com a testimoni és, com ja s'ha exposat en la part general d'aquesta obra, l'art. 371 de la LEC, quan preveu específicament el deure de no declarar que recau sobre els testimonis amb deure de guardar secret, i en l'apartat primer estableix que: "

Quan, pel seu estat o la seva professió, el testimoni tingui el deure de guardar secret pel que fa als fets pels quals se l'interrogui, ho ha de manifestar raonadament i el tribunal, considerant el fonament de la negativa a declarar, ha de decidir, mitjançant provisió, el que sigui procedent en dret. Si el testimoni queda alliberat de respondre, s'ha de fer constar a l'acta". En relació amb el fonament constitucional d'aquesta limitació i la manera com eventualment es pot aixecar el deure de no declarar, ens remetem als comentaris exposats a la part general.

En l'àmbit estrictament notarial, el secret professional se centra en el protocol i en la presumpció de veracitat i d'integritat de l'instrument públic. En aquest sentit, l'article 1 del Reglament Notarial vigent, en l'última redacció aprovada pel Reial decret 45/2007, de 19 de gener, precisa, com ja sabem, que els Notaris són alhora funcionaris públics i professionals del Dret i l'organització del Notariat correspon a aquest doble caràcter. Com a funcionaris exerceixen la fe pública registral, que té i abasta un doble contingut:

a) En l'esfera dels fets, l'exactitud del que el Notari veu, escolta o percep pels seus sentits; b) I en l'esfera del Dret, l'autenticitat i la força probatòria de les declaracions de voluntat de les parts en l'instrument públic redactat de conformitat amb les lleis. Com a professionals del Dret tenen la

missió d'assessorar als qui reclamen el seu ministeri i aconsellar-los els mitjans jurídics més apropiats per a assolir les finalitats lícites que aquells es proposen assolir.

Aquest doble caràcter inseparable de la funció notarial es projecta en l'essència de l'actuació del Notari i es manifesta en el resultat d'aquesta intervenció: el Notari ha recollit en aquest document públic la voluntat negocial de les parts, l'ha interpretat i l'ha informat, i n'ha comprovat l'adequació a l'ordenament jurídic i, a més, ho ha plasmat tot en aquesta escriptura que el mateix Notari redacta i autoritza. En l'escriptura es recull el consentiment dels atorgants al negoci i al document (arts. 17.1 Llei del Notariat i 147 del Reglament Notarial). Per això, l'art. 274 del Reglament Notarial configura el protocol (que és la col·lecció ordenada de les escriptures matrius autoritzades durant un any) com a secret, fins i tot l'art. 32.3 de la Llei del Notariat prohibeix l'accés a documents incorporats al protocol ⁽²⁾, tret d'autorització judicial.

En definitiva, el caràcter públic i autèntic del document autoritzat pel Notari (art. 1216 Cc) –que proporciona fe per ell mateix, tret que se n'impugni l'autenticitat ⁽³⁾– i el caràcter secret del protocol que deriva de la legislació notarial (a la qual remet l'art. 1217 del Cc) determina un règim jurídic singular que genera dubtes severs no solament sobre com s'ha de practicar la prova, sinó, fonamentalment, sobre la seva admissibilitat i procedència.

Més endavant tornarem a tractar aquesta qüestió.

Doncs bé, de resultes d'un escrit de queixa presentat per l'actuació professional d'una Notaria en ocasió de l'atorgament d'una acta de manifestacions ⁽⁴⁾, la Resolució de la Direcció general dels Registres i del

Notariat de 6 de juliol de 2014 va considerar, d'una banda, que la conducta no suposava un trencament del deure de secret professional i del protocol, però, d'altra banda, de manera una mica excessiva, perquè no és la seva missió, elabora una doctrina registral nuclear per als casos en els quals el Notari és citat a declarar com a testimoni. D'aquesta manera, la Resolució esmentada puntualitza el següent:

"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 d'aquesta Resolució, és molt freqüent que els Notaris la prova testifical dels quals hagi estat prèviament admesa (normalment en l'acte de l'audiència prèvia, ja que els litigis que es refereixen a la seva actuació se solen ventilar en un judici ordinari ⁽⁵⁾, en atenció a la quantia) excusin la seva assistència en compliment de la doctrina registral transcrita parcialment.

Aquesta circumstància, habitual i pacíficament admesa en la pràctica forense, no deixa de ser, al nostre parer, una mica sorprenent. Ens expliquem.

En efecte, cal advertir que la Resolució de 6 de juny de 2014 no té caràcter vinculant per als Notaris perquè es limita a resoldre un expedient de queixa per l'actuació professional d'una Notària que, a més, no va ser objecte de cap sanció disciplinària, ja que la denúncia es va arxivar.

Amb això, volem advertir que la seva invocació com a “excusa” per no assistir ni declarar sobre els instruments autoritzats o sobre els fets preparatoris o coetanis que conegui el Notari no tenen altra justificació que la autovinculació i la força persuasiva que mereix el col·lectiu notarial, sense que, en conseqüència, resulti vinculant ni per als Notaris, ni molt menys per als jutges i magistrats. De fet, l'incompliment eventual de la Resolució esmentada no hauria de generar responsabilitat disciplinària per al Notari, ja que, recordem, només constitueixen infraccions greus disciplinàries (art. 349.i) del Reglament Notarial) “el incumplimiento y la falta de obediencia de las resoluciones vinculantes de la DGRN”.

(...) l'excusa o la negativa a comparèixer com a testimoni no s'hauria de basar en aquesta o en altres Resolucions no vinculants de la DGRN, sinó més aviat en la convicció interna del Notari –que ha de manifestar, segons l'art 371 de la LEC– que, amb la seva actuació professional, pot arribar a infringir el seu deure de secret professional.

Per tant, l'excusa o la negativa a comparèixer com a testimoni no s'hauria de basar en aquesta o en altres Resolucions no vinculants de la DGRN, sinó més aviat en la convicció interna del Notari –que ha de manifestar, segons l'art 371 de la LEC– que, amb la seva actuació professional, pot arribar a infringir el seu deure de secret professional, ja que en aquest cas la qüestió és diferent, perquè sí que li pot comportar perjudicis disciplinaris ⁽⁶⁾.

És a dir, al nostre parer, i atès que en la prova testifical del Notari pugnen, conceptualment, dos drets fonamentals (el dret a utilitzar les proves pertinents per a la defensa i la intimitat dels clients del Notari, emparats pel deure de secret professional), la solució no es pot limitar a una inadmissió *ad limine* en aplicació de la doctrina registral esmentada –que no vincula els tribunals de justícia–, sinó que la seva procedència s'hauria de ponderar cas per cas, i segons les regles generals de la prova en el procés civil.

El problema és que, com que la testifical es practica en unitat d'acte amb la resta de la prova i en l'acte de la vista, no és possible saber quines preguntes poden arribar a comprometre el deure de secret del testimoni, encara que, juntament amb la citació, es pugui acompanyar amb una relació dels fets controvertits, cosa que no és gens freqüent ⁽⁷⁾.

La solució, com gairebé sempre en matèria de prova, passa per depurar i canalitzar adequadament la fase de proposició i d'admissió de la prova, denegant els mitjans probatoris que siguin inútils (art. 283.2 LEC), sobre la base dels fets realment controvertits ⁽⁸⁾.

2.- Es pot proposar la prova testifical del Notari? Ha de ser admesa i, si és el cas, com opera el límit de l'art. 371 de la LEC?

La qüestió sobre la possibilitat de proposar la prova testifical del Notari es respon fàcilment de manera afirmativa, ja que ni la LEC ni el Codi civil conserven la causa d'inhabilitat per ser testimoni a “los que estén afectados a guardar secreto por su estado o profesión en los asuntos relativos a su profesión o estado” ⁽⁹⁾. En aquest sentit, l'art. 361 de la LEC només preveu la indoneïtat per ser testimoni a les persones privades permanentment de raó o de l'ús dels sentits o als menors de 14 anys si es considera que no tenen prou discerniment per declarar de forma veraç. Per la seva banda, l'art. 360 de la LEC disposa que “...Les parts poden sol·licitar que declarin com a testimonis les persones que tinguin notícia de fets controvertits relatius al que sigui objecte del judici”, en el marc del dret fonamental a utilitzar les proves pertinents per a la defensa (art. 24.2 CE) i amb les limitacions legals ordinàries en relació amb la seva admissió (utilitat, pertinència i legalitat (art. 283 LEC).

Un cop dit això, és evident, com dèiem, que el moment clau és el de l'admissió de la prova, amb la proposició prèvia d'aquesta per les parts ⁽¹⁰⁾ i un cop fixats els fets controvertits.

Doncs bé, per a determinar si aquesta prova és procedent, convé analitzar dues qüestions fonamentals: per una banda, el mitjà de prova que es preveu i, per l'altra banda, la utilitat i la pertinència de la prova



en el marc de la funció notarial i els deures de secret que l'afecten.

Seguint l'esquema clàssic sobre els mitjans i les fonts de prova, s'ha d'assenyalar que el mitjà de prova a través del qual es vehicula la declaració del Notari és la seva manifestació i compareixença davant el Jutge, amb citació prèvia, actuant tècnicament com a testimoni ⁽¹¹⁾. I sent la font del seu coneixement els fets rellevants processalment que hagi conegut de forma directa o, fins i tot, de manera referencial (en aquest últim cas, sense cap vinculació amb l'exercici de la fe pública).

Amb això, volem puntualitzar que la testifical del Notari, en el supòsit que sigui admesa la prova, requereix la compareixença personal del fedatari (no és possible substituir-lo per via d'informe o amb un interrogatori que cal evacuar per escrit, atès que no es compleixen els pressupòsits de l'art. 380 i art. 381 de la LEC) i, a més, no hauria de depositar com a testimoni perit (art. 370.4 LEC), ja que l'aportació tècnica del Notari podria suposar l'alteració del mitjà de prova, atès que el seu coneixement sobre els fets controvertits es convertiria en un veritable dictamen pericial. No obstant això, res hauria d'impedir, si es compleixen els pressupòsits, que per a la seva pràctica s'acudeixi a l'auxili judicial, per la via de l'exhort o mitjançant interrogatori domiciliari (art. 169.4 i art. 364 LEC) o amb videoconferència (art. 229.3 LOPJ i art. 299.2 LEC) invocant l'onerositat i els perjudicis que pot deparar el desplaçament i la compareixença judicial per a la seva funció ⁽¹²⁾.

Ara bé, com ja hem dit anteriorment, la diversitat d'actuacions que comprèn la funció notarial no permet dilucidar de manera apriorística la pertinència o la utilitat de la prova testifical —o la seva possible pugna amb el deure de secret—, sinó que és necessari relacionar adequadament la seva activitat amb els fets controvertits.

D'aquesta manera, la ja coneguda Sentència del Tribunal Suprem, de 28 de novembre de 2007, seguint la legislació notarial i la copiosa doctrina registral (per totes, les Resolucions de la DGRN d'11 de març i de 16 de novembre de 1966), distingeix entre:

a) Les activitats de redacció i de dació de la fe de l'escriptura pública.

L'instrument públic es regeix, tant per la forma com pel fons, per la legislació notarial i té com a límit el mateix document que es prova per ell mateix.

En aquest supòsit —i al marge dels supòsits especials que analitzarem més endavant— seria improcedent l'admissió de la prova proposada, per inutilitat evident (art. 283.2 LEC), ja que el Notari no pot ni té res a afegir al que ja consta en el mateix instrument que ha autoritzat. I, d'aquesta manera, amb el seu atorgament finalitza tota actuació notarial que no sigui la de conservació i reproducció. El document queda protocol·litzat i objectivat, sense cap dependència respecte del seu autor en cap moment, ni tan sols quan es genera conflictivitat sobre aquest.

(...) se solen distingir dos tipus de declaracions en l'instrument públic: les que realitza el Notari *motu proprio* i que s'incorporen al document, com poden ser les relatives al fet que motiva el seu atorgament i la seva data, que per elles mateixes donen fe i són prova davant de tercer (...); i, d'altra banda, les que realitzen els intervinents que, al mateix temps, s'incorporen al document però el contingut de les quals no està emparat per la fe pública i, per tant, solament constitueixen prova entre els contractants.

No obstant això, se solen distingir dos tipus de declaracions en l'instrument públic: les que realitza el Notari *motu proprio* i que s'incorporen al document, com poden ser les relatives al fet que motiva el seu atorgament i la seva data, que per elles mateixes donen fe i són prova davant de tercer (art. 1218.1 Cc); i, d'altra banda, les que realitzen els intervinents que, al mateix temps, s'incorporen al document però el contingut de les quals no està emparat per la fe pública i, per tant, solament constitueixen prova entre els contractants (art. 1218.2 Cc).

Aquesta distinció, molt subtil, té una eficàcia pràctica escassa a efectes de la utilitat o no de la prova testifical del Notari, tal com posa en relleu VALLS GUMBAU ⁽¹³⁾.

En l'exemple del preu declarat en una escriptura pública de compravenda, l'autor esmentat estableix que el Notari no ha de ser citat com a testimoni perquè manifesti si el preu és el que consta en el document públic, ja que l'atorgament d'aquest document està emparat en la seva funció de fedatari, i també afegeix que és inútil que hagi de declarar sobre si realment el preu s'ha entregat (com s'indica a l'escriptura), atès que la veracitat del que s'ha declarat és una realitat extradocumental la càrrega de la prova de la qual correspon a la part i, per tant, la testifical del Notari resulta inútil ⁽¹⁴⁾.

b) Les activitats de gestió o de tramitació dels documents perquè aquests, per ells mateixos, o units a altres, puguin complir les obligacions fiscals i desplegar plens efectes en l'àmbit registral o administratiu.

En aquest tipus d'actuacions de gestió, la seva gestió concreta i el coneixement directe dels fets esdevinguts correspon, naturalment, al personal de la Notaria, de manera que la prova testifical del Notari, que només té constància registral de la gestió, pot ser absolutament inútil i, si és el cas, és més apropiada la declaració de les persones contractades de l'oficina notarial.

c) Actuacions d'assessorament previ o coetani a l'atorgament de l'instrument.

En aquestes actuacions, el Notari assessor legalment sobre els mitjans adequats perquè el negoci projectat tingui plens efectes o, simplement, té coneixement, per raó del seu ofici, de fets o circumstàncies determinats que poden afectar la qüestió litigiosa. I és, sens dubte, l'àmbit en el qual opera principalment el deure de secret professional i sobre el protocol que regeix la funció notarial.

Segons la doctrina registral esmentada al principi, aquest és un dels casos paradigmàtics en què el Notari resta "excusat" de la testifical, pel seu deure de secret, amb les conseqüències ja exposades anteriorment.

No obstant això, en ocasions, s'ha admès la testifical del Notari per aclarir alguns aspectes que afecten la validesa del títol objecte de controvèrsia judicial, normalment sobre la base del seu pertinència, en el sentit que la prova té relació amb l'objecte del procés (art. 283.1 LEC) ⁽¹⁵⁾.

En aquests casos, que no són freqüents, el tema que cal dilucidar ja no és tant la procedència d'aquest mitjà de prova – partim de la base que s'ha admès per la seva utilitat i pertinència i que el Notari no ha excusat la declaració per raó de secret–, sinó, en realitat, el valor probatori que mereix aquesta testifical.

Partint de la força probatòria innegable del document públic, que dona fe de "l'acte o l'estat de coses que documentin, de la data en què es produeix aquesta documentació i de la identitat dels fedataris i altres persones que, si s'escau, hi intervinguin" (art. 319 LEC), sembla clar que quan el Notari és citat per declarar com a testimoni dels fets o de les circumstàncies concomitants a la redacció de l'instrument públic, ja no es troba en l'exercici de la funció notarial pròpiament dita. Per això, la SAP de Biscaia (Secció 2a), de 30 d'abril de 2002 (JUR 2002,221980) ha arribat a admetre que la testifical del Notari no pot tenir, per ella mateixa, més rellevància que la d'altres testimonis vessats en el procediment. En canvi, la SAP de Navarra (Secció 3a) de 19 de setembre de 2001 (JUR 2001,291684) afirma que "n'hi ha prou amb el testimoni del Notari que va autoritzar l'escriptura", en una sentència paradigmàtica, ja que l'Audiència falla basant-se en la confiança que li confereix la declaració testifical del Notari, fins al punt que es nega l'existència de mala fe en la venedora a la vista dels aclariments en seu judicial expressades pel fedatari públic. Cal observar, per tant, com una declaració testifical que pot arribar a no ser realitzada, o excusada per deure de secret, es transforma, en canvi, en una "testifical qualificada"⁽¹⁶⁾, simplement si se n'admet la pràctica i el Notari no excusa la seva obligació de declarar.

3.- Casos especials

Amb això, entrem en l'última qüestió que volem tractar, com són els casos especials en els quals els deures notarians d'informació i d'assessorament o el judici de capacitat que emeten els Notaris en determinats negocis jurídics fa molt aconsellable la seva declaració testifical per aclarir les circumstàncies o els fets concomitants amb rellevància jurídica.

1.- Així, en primer lloc, cal advertir que la capacitat d'obrar de les persones, és a dir la possibilitat de realitzar vàlidament en Dret

actes i negocis jurídics, es presumeix, des d'antic, en atenció a una doble raó.

D'una banda, el fet que la modificació o limitació de la capacitat d'obrar només assoleix la condició d'estat civil de les persones en el moment en què es produeix mitjançant sentència ferma i per les causes establertes en la Llei (art. 199 del Cc), és a dir amb caràcter constitutiu. I, d'altra banda, pel principi de conservació dels negocis jurídics ("favor negotii") que, en qualsevol cas, desplaça la càrrega probatòria de la incapacitat a qui la postula. En menor mesura, en els negocis intervinguts per Notari, la presumpció de capacitat també es reforça per l'anomenat judici de capacitat notarial, dotant-la, en principi, d'una rellevància d'incertesa especial.

Amb tot, en tractar-se d'una presumpció *iuris tantum*, cap de les raons anteriors tenen la possibilitat d'enervar-la, fins i tot abans que el presumpte incapaç sigui declarat com a tal mitjançant sentència judicial.

Així, en primer lloc, cal advertir que la capacitat d'obrar de les persones, és a dir la possibilitat de realitzar vàlidament en Dret actes i negocis jurídics, es presumeix, des d'antic, en atenció a una doble raó.

Així, com apunta la Sentència del TS de 19 de novembre de 2004, seguida, entre d'altres, per les Sentències del TS de 10 de novembre de 2005 i 14 de febrer de 2006 i per les Sentències de les AP de Guadalajara de 27 d'abril de 2005 o de Madrid de 8 de maig de 2007, cal distingir entre incapacitat natural, com a conseqüència que el subjecte es trobi en una situació física o psíquica que n'elimini l'enteniment i la voluntat, i li impedeixi entendre i voler l'acte que realitza i la incapacitat resultant de l'estat civil d'incapacitat, és a dir, a la reducció de la capacitat d'obrar, en la mesura que en cada cas es determini (article 210 del Codi Civil) per la concurrència d'alguna de les causes establertes en la Llei (articles 199 i 200 del Codi Civil), mitjançant sentència judicial que la declari (article 199 del Codi Civil) i constitueixi, així, un estat civil nou, el d'incapacitat, des del moment del qual els contractes que el subjecte realitzi, si entren en l'àmbit de la restricció, seran

anul·lables (articles 1263.2 i 1301 del Codi Civil).

Malgrat això, el fet que una persona no hagi estat incapacitada no vol dir que siguin vàlids els actes que realitzi sense la capacitat natural precisa en cada cas, ja que no es pot considerar existent una declaració de voluntat contractual quan manqui la raó natural al declarant, la manca de la qual exclou la voluntat negocial i impedeix que el fet valgui com a declaració.

Tot això, és clar, sense perjudici que, en presumir-se la capacitat del no incapacitat judicialment, la manca de capacitat natural s'hagi de provar complidament, sobre la base de la qual cosa la Jurisprudència ha destacat de manera reiterada la validesa dels actes executats per l'incapaç abans que la seva incapacitat sigui declarada judicialment (o encara que no ho sigui mai), llevat que, concretament i específicament, s'obtingui la declaració de nul·litat de l'acte de què es tracti.

Així, havent conclòs l'Alt Tribunal en la sentència esmentada de 19 de novembre de 2004 que la declaració de la nul·litat d'un contracte celebrat per una persona que es va estimar provat que no tenia capacitat natural no va infringir l'article 210 del Codi Civil, encara que no hagués estat prèviament declarada incapaç per resolució judicial, atès que, com s'ha dit, la causa de la nul·litat no va ser l'estat civil de la contractant, sinó la demostració d'una falta d'entesa i de voluntat que són necessaris per consentir, destruïda amb prova suficient la presumpció *iuris tantum* de la capacitat d'obrar de què es tracta.

I s'afegeix, que, encara en el cas que el contracte declarat nul hagués estat atorgat davant Notari, el qual està obligat a efectuar un enjudiciament previ sobre la capacitat natural dels atorgants ⁽¹⁷⁾. Aquesta apreciació, però, no pot tenir la consideració de definitiva o d'inatacable, ja que no està emparada per la fe pública, de manera que, com ha declarat el Tribunal Suprem, l'asseveració notarial respecte de la capacitat dels contractants constitueix una presumpció *iuris tantum* que admet prova en contrari.

En tot cas, la càrrega de demostrar que els negocis s'han atorgat en un pretès "interval lúcid" correspon a qui ho al·lega, precisament per haver quedat ja destruïda



la presumpció de capacitat (per totes, la Sentència de la Secció 14 de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15 de juliol de 2004).

La casuística és ingent i la resposta judicial és diversa.

Així, en ocasions s'ha confirmat la capacitat natural d'una testadora que, un any després de testar va ser incapacitada judicialment, basant-se la Sentència 394/2016, de 24 de novembre, de la secció 16 de l'AP de Barcelona (JUR 2018, 22945) en el judici notarial i la seva declaració testifical posterior, tot i admetre que el Notari no recordava amb precisió les circumstàncies concretes de l'atorgament i que, en no constar en aquest moment una declaració judicial d'incapacitació, el fedatari va optar per no designar dos facultatius.

En altres casos, en canvi, el judici de capacitat notarial i la presumpció de validesa d'aquest judici s'han enervat en seu judicial, fins i tot sense necessitat de la testifical del Notari autoritzant del testament. Aquest va ser el cas, molt rellevant ja que considera il·lògica i arbitrària la prova practicada en la instància, de la Sentència de la Secció 1a de la Sala Civil i Penal del TSJ de Catalunya 25/2014, de 4 d'abril que, literalment, adverteix que el Notari, per molt important que sigui la seva funció, no pot suplir la manca de capacitat natural de qui ja no l'ostentava en el moment de l'atorgament ⁽¹⁸⁾.

2.- Finalment, i en relació amb els deures d'informació, la testifical dels Notaris es pot reconfigurar com una prova bàsica a l'efecte de valorar la transparència i la informació de les clàusules d'un préstec hipotecari, a partir de la Sentència de la Sala I del Tribunal Suprem de 9 de març de 2017 (cassació núm. 2223/2014).

En efecte, en una primera fase, la testifical dels Notaris en aquest tipus de litigis era normalment inadmesa, sobre la base de la doctrina ja assentada pel mateix Tribunal Suprem (entre d'altres, Sentència núm. 464/2014, de 8 de setembre –RJ 2014,4660–), en virtut de la qual la lectura de l'escriptura i els advertiments notariais no podien suplir el compliment del deure de transparència que recau sobre l'entitat bancària davant els consumidors, afegint que el moment

de l'escriptura no era el moment adequat perquè el consumidor pogués revocar una decisió adoptada prèviament sobre una informació incorrecta, desvinculant totalment la intervenció notarial de l'enjudiciament sobre el deure de transparència (Sentència núm. 138/2015, de 24 de març).

No obstant això, com diem, la Sentència de 9 de març de 2017 confirma el criteri de les dues instàncies anteriors pel que fa a la validesa d'una clàusula sòl, sobre la base de la prova testifical del Notari autoritzant, que va declarar haver informat i advertit els contractants de l'existència i el funcionament de la clàusula de variació del tipus d'interès. Aquesta fita jurisprudencial, pel que fa a la transparència de la informació i la protecció dels consumidors, pot determinar un gir copernicà en la utilitat i la pertinència de la prova testifical notarial, especialment sobre els fets concomitants a l'atorgament del document ⁽¹⁹⁾.

(...) la Sentència de 9 de març de 2017 confirma el criteri de les dues instàncies anteriors pel que fa a la validesa d'una clàusula sòl, sobre la base de la prova testifical del Notari autoritzant, que va declarar haver informat i advertit els contractants de l'existència i el funcionament de la clàusula de variació del tipus d'interès.

Finalment i com a conclusió, vam coincidir amb l'opinió de VALLS GUMBAU ⁽²⁰⁾ que aporta uns criteris de pràctica judicial sobre l'admissió de la prova testifical dels Notaris i que, al marge dels casos especials ja analitzats, es podria resumir en les pautes següents:

La solució d'admetre la prova testifical del Notari, citar-lo i després, en l'acte de judici, rebutjar les preguntes que afectin els seus deures de secret, no és l'adequada.

Per tant, quan en l'audiència prèvia se sol·liciti la seva testifical i s'indiqui, com exigeix l'art. 362 de la LEC, la seva professió i que se l'ha de citar com a Notari, el jutge

hauria de demanar a les parts quin és l'objecte d'aquesta declaració.

Si ho fos per ratificar-se en el que recull el document públic o sobre aspectes referents a l'exercici de la fe pública, la prova s'ha d'inadmetre per inútil.

Amb això es concilien el dret fonamental a la tutela judicial efectiva amb altres principis que, tot i ser de menys entitat, també s'han de tenir en compte en el procés civil, com són els d'economia processal i celeritat.

Índex sistemàtic de jurisprudència i doctrina registral:

Sobre els supòsits en què el Notari ha d'excusar la seva declaració pel deure de secret

Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 6 de juny de 2014.

Sobre les diferents actuacions que integren la funció notarial

Sentència del Tribunal Suprem de 28 de novembre de 2007.

Sobre la rellevància de la testifical del Notari sobre els fets concomitants a la redacció del document públic

SAP VIZCAYA, SECC. 2a, de 30 d'abril de 2002.

SAP NAVARRA, SECC. 3a, núm. 236/2001, de 19 desembre.

Sobre la importància de la testifical del Notari per valorar la capacitat del testador

SAP BARCELONA, SECC.16a, núm. 394/2016, de 24 de novembre.

Sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ de Catalunya, Secc. 1a, núm. 25/2014, de 4 d'abril.

Sobre la utilitat de la prova testifical del Notari per apreciar el compliment dels deures d'informació i de transparència en els contractes amb consumidors

Sentència del Tribunal Suprem, núm. 464/2014, de 8 desembre.

Sentència del Tribunal Suprem de 9 de març de 2017.

Extracte rellevant de jurisprudència:

SAP VIZCAYA, SECC. 2a, de 30 d'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 setembre

TERCERO

Así la 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.

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 renuncias 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 tradición.

(...) 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.

SAP BARCELONA, SECC. 16a, núm. 394/2016, de 24 de novembre.

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 proecta 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 Codi civil de Catalunya.

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 STSJ 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).

Sentència del Tribunal Suprem de 9 de març de 2017

En una acció individual com aquesta, el judici sobre la transparència de la clàusula no ha de tenir en compte exclusivament el document en el qual s'insereix o els documents relacionats, com l'oferta prèvia vinculant, sinó que es poden tenir en consideració altres mitjans mitjançant els quals es va poder complir l'exigència que la clàusula en qüestió no passés inadvertida al consumidor i que aquest estigués en condicions d'adonar-se de la càrrega econòmica i jurídica que implicava.

En aquest sentit, en la contractació de préstecs hipotecaris, la tasca del Notari que autoritza l'operació pot ser un element a valorar, ja que es pot cerciorar de la transparència d'aquest tipus de clàusules (amb tota l'exigència de claredat en la informació que comporta) i acabar de complir les exigències d'informació subjacents al deure de transparència.

6. En aquest supòsit, l'Audiència va tenir en compte la doctrina jurisprudencial esmentada i va dur a terme el control de transparència a la vista de la prova practicada. Les raons abocades en la sentència recorreguda corroboren que el control de transparència va respectar la jurisprudència.

Els fets acreditats en la instància posen en evidència que la clàusula està introduïda i situada dins el contracte de tal manera que no apareix emmascarada ni es dilueix l'atenció del contractant entre altres clàusules, “sinó que es mostra com una clàusula principal del contracte que expressa amb claredat meridiana el seu contingut, que no és altre que els límits al tipus d'interès, assenyalant com a límit inferior el 3% nominal anual que apareixia ressaltat en negreta”.

A continuació, s'afegeix que la prova practicada acredita que la clàusula va

ser negociada individualment entre els demandants i la Caixa Rural, com mostra que es va aplicar com a terra un tipus inferior al que l'entitat estava aplicant, i que la Notària que va autoritzar l'escriptura va advertir expressament els contractants sobre la clàusula de variació del tipus d'interès.

A la vista d'això d'abans, la sentència recorreguda conclou que els demandants “coneixien amb precisió l'abast i les conseqüències de l'aplicació de l'esmentada ‘clàusula terra’, que van negociar individualment i van acabar acceptant-la fent ús de la seva autonomia negocial”.

(1) Resposta de Marcos Mas Rauchwerk.

(2) Aquest precepte adverteix 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) Supòsit en el qual es procediria a l'acarament de documents públics, de conformitat amb l'art. 320 de la LEC.

(4) En la qual la Notaria havia inclòs manifestacions a títol propi, incorporant el contingut de converses telefòniques i correspondència per email.

(5) Malgrat no es pugui descartar que la testifical del Notari es pugui proposar en els judicis verbals d'impugnació de qualificacions registrals, que ho són per raó de la matèria, ja sigui per via d'impugnació directa o després del recurs governatiu potestatiu davant la DGRN, en aquest cas es podria plantejar la testifical del Notari que va intervenir en el document que va ser qualificat negativament pel registrador. De fet, l'art. 327.4 de la Llei hipotecària preveu l'emplaçament de tots els interessats, interès legítim que permet la compareixença com a intervinent del Notari, malgrat que, en aquest cas, en virtut de l'art. 13 de la LEC, la seva posició és la de part processal legítima, com a demandant o demandat.

(6) En aquest cas, l'art. 348.h) del Reglament Notarial tipifica com a molt greu la infracció

que consisteix en “el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la profesión”, i és evident que la revelació d'actuacions pel Notari que afecten a l'honor i la intimitat de les persones pot comprometre aquest principi.

(7) Curiosament, la solució adequada ens la proporcionava la LEC de 1881, que tant en el judici de menor quantia com en el judici de major quantia exigia la presentació d'una llista tancada de preguntes i respostes que podien ser acceptades o denegades pel jutge, cosa que permetia analitzar fins a quin punt el professional amb deure de guardar secret quedava compromès en la seva declaració. En canvi, amb la LEC actual no hi ha aquest llistat i, a més, un cop admesa la prova i comparegut el Notari, el jutge pot anar repel·lint les preguntes que consideri impertinents o inútils (art. 372 LEC).

En aquesta línia s'emmarca el treball 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, n. 75, p. 158 a 162, setembre-octubre 2017.

(8) Art. 1247.5 del Cc, avui derogat.

(9) Malgrat que no hauríem de descartar, en abstracte, la iniciativa probatòria del jutge, ex. art. 429.1 de la LEC.

(10) És un tercer que coneix o té coneixement de fets controvertits que afecten l'objecte del litigi.

(11) Així ho va entendre la SAP de Cadis (Secció 8a) de 19 de desembre de 2002 (JUR 2003,85959), que va admetre l'excusa d'un professional que va al·legar la dificultat de desplaçament per la distància entre els seus domicilis professionals i la seu del jutjat.

(12) VALLS GUMBAU, Francisco, “La declaración testifical del Notario en el proceso civil”, Seminari de jutges i notaris, Col·legi de Notaris de Catalunya, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 21 a 34.

(13) Actualment, després de la reforma de l'art. 24 de la Llei del Notariat per la Llei 36/2006, de mesures per a la prevenció del frau fiscal, la qüestió encara no està clara, ja que ha desaparegut el concepte de “preu confessat”, cosa que comporta que el Notari hagi d'identificar els mitjans de pagament utilitzats per les parts quan la contraprestació de l'operació consisteixi, totalment o parcialment, en diners o signe que el representi, amb el risc que l'escriptura pública no pugui accedir al Registre.

(14) El cas típic és el de la nul·litat dels testaments o actes lucratiu *inter vivos*, en els quals es qüestiona per manca de capacitat del testador o donant, o la simple concurrència d'un vici del consentiment.

(15) Així la va considerar la SAP d'Astúries (Secció 6a), de 14 de juliol de 2003 (JUR 2003,234926).

(16) L'art. 167 del Reglament Notarial adverteix 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."* D'altra banda, l'art. 421-7 del Llibre IV del Codi Civil de Catalunya, en seu testamentària, assenyala que "El Notari ha d'identificar el testador i apreciar la seva capacitat legal en la forma i amb els mitjans que estableix la legislació notarial", mentre que l'art. 421-9 preveu

la possibilitat o l'opció que, si el testador no està incapacitat judicialment, el Notari, en apreciar-ne la capacitat, pugui designar dos facultatius que certifiquin, si és el cas, la plena capacitat o lucidesa del testador en el moment de l'atorgament.

(17) Per òbvia que sembli aquesta conclusió, cal advertir que el cas enjudiciat i casat pel Tribunal Superior era singular, ja que es tractava d'un testament atorgat per persona d'edat que ja estava en procés d'incapacitació, sense que aquesta circumstància hagués estat revelada al Notari en el moment de l'atorgament que, a més, no va considerar necessària la presència de facultatius. Curiosament, aquest fet (el procés d'incapacitació ja iniciat) no es desprèn de la testifical del Notari, que no

es va demanar en la instància, sinó, d'unes notes subjectives que va elaborar el mateix Notari el dia de l'atorgament i en què no apareixia aquesta circumstància.

(18) En aquesta mateixa línia, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 350/2018, de 7 de juny, adverteix 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"*, donant a entendre que es necessita alguna cosa més, potser la prova testifical del Notari autoritzant, per advenir el compliment del deure de transparència.

(19) *op. cit.*

Sentències del Tribunal Suprem

Datades des de juliol a desembre de 2018

Redacció Lefebvre

NOTARIS

Qualificació registral negativa. Impugnació Notari

Ref. EDE: 2018/645264, STS Sala 1a Ple. S. 22 novembre 2018, rec. 600/2016, Ponent: Sr. Ignacio Sancho Gargallo

RESUM: Qualificació registral negativa. Impugnació pel Notari autoritzant. La Sala del TS estableix que la Registradora ha sobrepassat els límits del procediment que ha de seguir per qualificar. No li està permès valorar el judici de suficiència del poder que havia fet el Notari (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda formulada sobre la nota de qualificació del Registre, declarant que no s'ajusta a Dret. En segona instància es desestima el recurs d'apel·lació, es manté l'estimació de la demanda i s'estima el de l'Advocat de l'Estat, ja que considera l'excepció de manca de legitimació passiva de la Direcció General dels Registres i del Notariat. El TS desestima el recurs de cassació en no apreciar la infracció denunciada.

CONSUMIDORS I USUARIS

Abusivitat de clàusules en contractes

Ref. EDE: 2018/628806, STS Sala 1a de 13 novembre 2018, rec. 3242/2015 Ponent: Sr. Rafael Sarazá Jimena

RESUM: Abusivitat de clàusules en contractes de transport aeri de passatgers. El TS confirma la nul·litat, per abusives, de diverses

clàusules generals previstes en els contractes de transport aeri d'una companyia. Entre aquestes, la que facultava l'empresa per a modificar les condicions del transport contractat "en cas de necessitat" per ser excessivament genèrica i imprecisa, i poder afavorir injustificadament la posició contractual de la companyia aèria en el cas d'incompliment de les condicions del contracte de transport aeri concertat, en detriment del consumidor (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va declarar nul·les per abusives una part de les clàusules del contracte de transport aeri. En segona instància es manté la nul·litat d'aquestes clàusules. El TS desestima el recurs de cassació interposat per la companyia aèria en considerar que, en la contractació, hi ha un desequilibri de drets i obligacions contraris a la bona fe.

Assessorament defectuós per entitat d'inversió

Ref. EDE: 2018/589824, STS Sala 1a de 5 octubre 2018, rec. 3921/2015 Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres

RESUM: Assessorament defectuós per entitat d'inversió. Indemnització. La Sala del TS conclou que no és procedent cap indemnització derivada del mal assessorament financer de l'entitat bancària. El dany econòmic sofert pels adquirents, que és el que s'ha de rescabalar, queda reduït a la pèrdua neta soferta en la seva inversió, que no es va produir (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat estima la demanda d'un client en contra de l'entitat bancària i ordena d'indemnitzar-lo per danys i perjudicis, i en concepte de responsabilitat contractual pel mal assessorament financer. L'AP es pronuncia en segona instància sobre la condemna en costes del banc. El TS estima el recurs de cassació

interposat per l'entitat bancària i estableix que no hi va haver un perjudici patrimonial indemnitzable ni restitució favorable als demandants.

Comunicació d'infraccions del Reglament sobre abús de mercat

Ref. EDE: 2018/121138, STJUE Sala 7a, de 4 octubre 2018, núm. C-599/2017

RESUM: Incompliment d'Espanya per no transposar la Directiva de comunicació d'infraccions del Reglament sobre l'abús de mercat. El TJUE declara l'incompliment d'Espanya per no haver adoptat, dins el termini fixat, les disposicions legals, reglamentàries i administratives necessàries per complir la Directiva de comunicació d'infraccions del Reglament sobre l'abús de mercat i per no haver notificat a la Comissió el text de les disposicions adoptades per garantir-ne la transposició (FJ 13-24).

ITER PROCESSAL: Es planteja l'incompliment per part d'Espanya de la transposició formal de la Directiva de comunicació d'infraccions del Reglament sobre l'abús de mercat. El Regne d'Espanya va reconèixer no haver dut a terme tots els tràmits exigits abans del termini establert, no obstant, considera que els tràmits per al compliment es troben "en fase de realització". El TJUE estableix que de les limitades explicacions facilitades pel Regne d'Espanya al Tribunal de Justícia no es dedueix que les mesures administratives invocades constitueixin una transposició satisfactòria de la Directiva.

DRET A L'HONOR

Llibertat d'expressió i dret a l'honor. Xarxes socials

Ref. EDE: 2018/524557, STS Sala 1a Ple de 20 juliol 2018, rec. 2355/2017
Ponent: Sr. Rafael Sarazá Jiménez

RESUM: Llibertat d'expressió i drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge. Legitimitat de la crítica sarcàstica en xarxes socials. El Ple de la Sala Primera del TS descarta la intromissió il·legítima en el dret a l'honor del demandant per determinats comentaris i imatges publicats en una xarxa social, que són opinions, comentaris sarcàstics i crítiques, en relació amb fets verços, sobre una qüestió que presenta un cert interès general, sense utilitzar expressions insultants o vexatòries (FJ 3). Tampoc no aprecia intromissió en el dret a la pròpia imatge, ja que la prestació del consentiment per a la publicació de la pròpia imatge per Internet comporta el consentiment per a la difusió d'aquesta imatge, quan aquesta difusió, per les seves característiques, sigui una conseqüència natural del caràcter accessible de les dades i imatges publicades (FJ 7). En canvi, la informació sobre la situació de baixa laboral del demandant i les característiques de la malaltia causant de la baixa constitueixen una intromissió il·legítima en el seu dret a la intimitat personal (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda contra el dret a l'honor per manifestacions en una xarxa social. L'AP va desestimar el recurs interposat per la demandant. El TS desestima

el recurs de cassació, ja que considera que no es produeix una intromissió il·legítima en el dret a l'honor, però entén que sí que es produeix una intromissió il·legítima en el seu dret a la intimitat personal.

Ref. EDE: 2018/585036, STS Sala 1a de 28 setembre 2018, rec. 2805/2017
Ponent: Sr. Rafael Sarazá Jimena

RESUM: Protecció del dret a l'honor. Expressions proferides en un email dirigit a l'afectat. Expressions a Facebook. Manca d'intensitat ofensiva suficient per constituir una intromissió il·legítima al dret a l'honor. Concepció pragmàtica del llenguatge, ús d'expressions hiperbòliques en un missatge privat. El TS manifesta que en un context d'enfrontament les expressions utilitzades en un correu electrònic, sens dubte ofensives pel seu significat, considerades aïlladament perden el seu caràcter ofensiu i es consideren proporcionades a la crítica que es persegueix en contextos d'enfrontament, utilitzant un llenguatge hiperbòlic i efectista. En una xarxa social, l'ús d'un to sarcàstic, la referència a la condició professional de l'afectat o titllar-lo "d'eminència", poden ser expressions molestes, però no tenen la intensitat ofensiva suficient per constituir una intromissió il·legítima a un dret fonamental, com és el dret a l'honor (FJ 3).

ITER PROCESSAL: En primera instància es va desestimar la demanda contra la intromissió il·legítima al dret a l'honor. Igualment, l'AP va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS desestima el recurs de cassació i estableix que va ser correcte el resultat de la ponderació entre la llibertat d'expressió del demandat i el dret a l'honor del demandant, que no ha sofert una intromissió il·legítima susceptible de provocar la condemna del demandant.

APROFITAMENT PER TORNOS DE BÉNS IMMOBLES

Nul·litat dels contractes d'aprofitament per tornos de béns immobles

Ref. EDE: 2018/585089, STS Sala 1a de 28 setembre 2018, rec. 533/2018
Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Aprofitament per tornos de béns immobles. Nul·litat: efectes sobre el contracte de préstec vinculat. El TS determina que la nul·litat dels contractes d'aprofitament per tornos de béns immobles comporta la declaració de nul·litat dels contractes de préstec celebrats per al seu finançament. El fonament es troba en la protecció dels drets dels consumidors i aquest efecte no queda reservat als casos d'exercici dels drets de desistiment i de resolució contractual (FJ 5 i 6).

ITER PROCESSAL: En primer instància es desestima la demanda relativa a l'acció de nul·litat del contracte d'aprofitament per tornos de béns immobles, així com la de nul·litat del préstec bancari celebrat amb l'entitat bancària, L'AP va estimar parcialment el recurs d'apel·lació declarant nul el contracte d'aprofitament per tornos de béns immobles. El TS desestima el recurs de cassació i declara la nul·litat del contracte de préstec bancari.



CONTRACTE D'ASSEGURANÇA

Declaració del risc de conformitat amb el qüestionari: deure de contestació

Ref. EDE: 2018/597996, STS Sala 1a de 10 octubre 2018, rec. 2833/2015 Ponent: Sr. Francisco Marín Castán

RESUM: Contracte d'assegurança. Declaració del risc de conformitat amb el qüestionari: deure de contestació. El TS determina que el deure de declaració del risc que recau sobre el prenedor es considera un deure de contestació o de resposta a les preguntes realitzades per l'asseguradora a través del qüestionari presentat, de manera que l'assegurança ha d'assumir les conseqüències que deriven de la presentació d'un qüestionari incomplet, ambigu, genèric o poc clar (FJ 6).

ITER PROCESSAL: L'assegurat promou un litigi contra l'asseguradora després d'haver-li estat reconeguda una invalidesa permanent absoluta que es trobava coberta per l'assegurança concertada, reclamació desestimada en ambdues instàncies. El TS estima el recurs de cassació i condemna la demandada al pagament de la quantitat sol·licitada per l'assegurat, més interessos legals.

RESPONSABILITAT PATRIMONIAL

Responsabilitat patrimonial ajuntament. Quantum indemnitzatori

Ref. EDE: 2018/576040, STSJ Illes Balears Sala Contenciosa Administrativa, Sec. 1a de 24 juliol 2018, rec. 25/2018 Ponent: Sra. María del Carmen Frigola Castillón

RESUM: Responsabilitat patrimonial d'un ajuntament. Quantum indemnitzatori. El TSJ declara que la responsabilitat patrimonial ha de cobrir tots els danys i perjudicis soferts fins a assolir la seva reparació integral i, per tant, la indemnitat del dret subjectiu o de l'interès lesionat (FJ 5). La indemnització de lucre cessant s'ha d'apreciar de manera prudent i restrictiva i no com una mera possibilitat de deixar d'obtenir uns beneficis (FJ 3).

ITER PROCESSAL: En primera instància es va desestimar parcialment el recurs contenciós administratiu interposat contra la desestimació, per silenci administratiu, de la reclamació de responsabilitat patrimonial interposada davant un ajuntament i va reconèixer el dret de la recurrent a ser indemnitzada. El TSJ revoca la sentència únicament en relació amb la indemnització que correspon a l'actora en concepte de lucre cessant.

PODER JUDICIAL

Presentació telemàtica d'escrius

Ref. EDE: 2018/522639, STS Sala 3a, Sec. 6a de 16 juliol 2018, rec. 12/2017 Ponent: Sr. José Manuel Sieira Míguez

RESUM: Poder judicial. Jutjats. Presentació telemàtica d'escrius i documents. Sistema de notificacions judicials per

via LEX NET. El TS estableix que la LEC proscriu l'obligatorietat de l'ús de sistemes telemàtics o electrònics existents a l'Administració de Justícia, respecte de tots els professionals de la Justícia, els quals estan obligats a l'ús dels sistemes telemàtics o electrònics existents a l'Administració de Justícia per a la presentació d'escrius, indicadors o no, i altres documents. És possible que en l'aplicació del sistema sorgeixin errors, però aquests errors mai no han de produir indefensió al justiciable, per a la qual cosa la mateixa llei ja estableix prevencions legals i, en cada cas concret, es pot argumentar el que sigui necessari davant l'òrgan judicial si algun d'aquests errors es produís o reproduís (FJ 4).

ITER PROCESSAL: Es desestima el recurs d'alçada interposat per un Lletrat contra l'acord del Magistrat-Jutge Degà de Madrid, relatiu a la presentació d'escrius i documents davant els diversos serveis comuns de registre i repartiment dels Jutjats de Madrid, posant punt i final al sistema de "doble via" –telemàtica i paper– de presentació d'escrius iniciadors i de tràmit. El TS estableix l'obligatorietat de l'ús dels sistemes telemàtics o electrònics.

AIGÜES

Llicència

Ref. EDE: 2018/623062, STSJ Regió de Múrcia Sala Contenciosa Administrativa, Sec. 2a de 24 setembre 2018, rec. 469/2017 Ponent: Sr. Ángel Abel Sáez Doménech

RESUM: Aigües. Llicència. El TSJ declara que els aprofitaments que estan actualment en explotació i puguin acreditar la seva existència amb anterioritat al 21 d'agost de 1998, es podran regularitzar a càrrec dels recursos de la conca que estiguin utilitzant, i es fa necessari acreditar l'existència del sondeig abans d'aquesta data, que estava en explotació, i la superfície que es regava i el cabal emprat a aquest efecte (FJ 5).

ITER PROCESSAL: L'actora interposa recurs contenciós administratiu contra la resolució dictada pel President de la Confederació Hidrogràfica del Segura, Ministeri d'Agricultura i Pesta, Alimentació i Medi Ambient, que denega la sol·licitud de regularització d'un sondeig per a ús agrícola. El TSJ desestima el recurs contenciós administratiu confirmant la resolució recorreguda.

DRET A L'OBLIT

Dret a l'autodeterminació informativa dels ciutadans

Ref. EDE: 2018/505005, STC Sala 1a, de 4 juny 2018, rec. 2096/2016 Ponent: Sra. María Luisa Balaguer Callejón

RESUM: Ús de noms propis com a criteri de cerca en hemeroteca digital. Pot vulnerar el "dret a l'oblit". El TC declara que utilitzar noms propis com a criteri de cerca i localització de notícies a una hemeroteca digital pot vulnerar el "dret a l'oblit". La universalització de l'accés a les hemeroteques, com la universalització de l'accés a la informació a través dels motors de cerca, multiplica



Sentències

la ingerència en els drets a l'autodeterminació informativa i a la intimitat dels ciutadans. En la resolució d'aquest conflicte s'ha de tenir en compte l'equilibri entre les llibertats informatives i el dret a l'autodeterminació informativa, on té un paper important l'efecte del pas del temps sobre la funció que desenvolupen els mitjans de comunicació i sobre la doble dimensió, informativa o investigadora, d'aquesta funció (FJ 7 i 8).

ITER PROCESSAL: S'interposa recurs d'empara contra una sentència del TS que decretava la cassació parcial d'una sentència d'una AP, declarant-la sense valor ni efectes en relació amb els pronunciaments relatius a la supressió de les dades personals de les persones demandants en el catàleg font de la pàgina web, i a la prohibició d'indexar les dades personals per al seu ús en el motor de cerca intern de l'hemeroteca digital gestionada per la demandada per al seu ús. El TC estima el recurs d'empara i declara que s'ha vulnerat el dret de les persones demandants d'empara al honor i la intimitat, i a la protecció de les seves dades personals.

CONFLICTES DE COMPETÈNCIA

Competència de les comunitats autònomes

Ref. EDE: 2018/515745, STC Ple, de 5 juliol 2018, rec. 1866/2016 Ponent: Sr. Alfredo Montoya Melgar

RESUM: Correspon a les CCAA atorgar l'acreditació dels infermers per prescriure medicaments i productes sanitaris. Conflicte positiu de competència. El TC declara que l'establiment dels títols, de les competències i de la formació exigida per a l'obtenció de la capacitació professional d'infermer forma part de la competència estatal bàsica en matèria de sanitat, ja que aquestes condicions han de ser uniformes i iguals per a tots els professionals en tot el territori nacional. Amb tot, no passa això respecte de comprovació del compliment d'aquestes condicions, que té naturalesa executiva i, en conseqüència, forma part de les competències autonòmiques en matèria sanitària (FJ 4).

ITER PROCESSAL: Aquest procés constitucional té per objecte resoldre el conflicte positiu de competència interposat pel Consell de Govern d'Andalusia en relació amb els arts. 1.1.c); 2.2; 3.2; 8.1; 10; els apartats 1 i 3 de la disposició transitòria única; els apartats Dos y Quatre de la disposició final quarta; i l'annex II del Reial decret 954/2015, de 23 d'octubre, pel qual es regula la indicació, l'ús i l'autorització de dispensació de medicaments i productes sanitaris d'ús humà per part dels infermers. El TC estima parcialment aquest conflicte positiu de competències i estableix que, tot i que l'establiment de títols, de competències i de formació exigida per a l'obtenció de la capacitació professional d'infermer forma part de la competència estatal bàsica en matèria de sanitat, l'acte de comprovació del compliment d'aquestes condicions, que té naturalesa executiva i, en conseqüència, forma part de les competències autonòmiques en matèria sanitària.

Competències Autonòmiques. Supressió dels cos de Lletrats

Ref. EDE: 2018/527749, STC Ple, de 19 juliol 2018, rec. 2311/2017 Ponent: Sr. Ricardo Enríquez Sancho

RESUM: Supressió, pel Parlament de Galícia, del cos de Lletrats del Consell Consultiu. Per llei autonòmica. El Ple del TC dona suport al fet que el Parlament de Galícia pugui suprimir per llei el cos de Lletrats del Consell Consultiu de Galícia. És una decisió que corresponia i només podia adoptar el legislador autonòmic mitjançant una valoració individual, singular, separada i no comunicable a altres cossos o escales de funcionaris. La Llei de l'ocupació pública de Galícia afirma en un text de manera taxativa que els cossos i les escales del personal funcionari es creen, es refonen, es modifiquen i se suprimeixen per llei (FJ 2).

ITER PROCESSAL: Recurs d'inconstitucionalitat interposat per diputats del Congrés contra diverses disposicions de la Llei del Parlament de Galícia, de mesures fiscals, administratives i d'ordenació que duen a terme una reordenació del "personal lletrat al servei de Consell Consultiu" de Galícia. El TC desestima el recurs i sosté que el Parlament de Galícia pot suprimir per llei el cos de Lletrats del Consell Consultiu de Galícia.

Competències Autonòmiques. Control financer

Ref. EDE: 2018/515730, STC Ple, de 05 juliol 2018, rec. 4225/2017 Ponent: Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

RESUM: Desenvolupament legislatiu del control financer dels ens locals per l'Estat. No impedeix l'exercici de les competències autonòmiques. El Ple del TC ha desestimat el conflicte positiu de competències promogut per un Govern autonòmic contra la regulació del règim jurídic del control intern de les entitats del Sector Públic Local. L'Alt Tribunal conclou que el desenvolupament legislatiu del control financer dels ens locals per l'Estat no impedeix l'exercici de les competències autonòmiques en matèria de règim local i control financer (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El viceconseller dels Serveis Jurídics d'un Govern autonòmic va promoure un conflicte positiu de competències contra la normativa que regula el règim jurídic de control intern de les entitats del Sector Públic Local. El TC desestima el conflicte perquè entén que el desenvolupament legislatiu és de l'Estat, però això no impedeix que el control financer sigui competència autonòmica.

Competències de l'Estat. Estupefaents.

Ref. EDE: 2018/568335, STC Ple, de 19 setembre 2018, rec. 5003/2017 Ponent: Sr. Ricardo Enríquez Sancho

RESUM: Inconstitucionalitat de la Llei catalana de les associacions de consumidors de cànnabis. Es tracta d'una matèria penal reservada a l'Estat. El Ple del TC ha decidit per unanimitat declarar inconstitucional i nul·la la Llei del Parlament de Catalunya 13/2017, de 6 de juliol, de les associacions de consumidors de cànnabis. El Tribunal aclareix que, tot i que el cànnabis conté elements o prin-



cipis actius susceptibles d'aplicació terapèutica no és, en sentit estricte, un fàrmac o medicament, sinó una substància qualificada com estupefaent, cosa que significa que és una competència en matèria penal reservada a l'Estat, segons l'art. 149.1.6 CE (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El president del Govern defensa la inconstitucionalitat de la Llei catalana de les associacions de consumidors de cànnabis. El TC declara la inconstitucionalitat d'aquesta Llei perquè es tracta d'una substància estupefaent i la competència en matèria penal està reservada a l'Estat.

JUBILACIÓ ANTICIPADA

Complement de maternitat

Ref. EDE: 2018/606417, ATC Ple, de 16 octubre 2018, rec. 3307/2018

RESUM: No és arbitrari excloure del complement de maternitat les mares que accedeixen voluntàriament a la jubilació anticipada. El TC estableix que no resulta arbitrari ni irracional excloure aquelles mares del complement de maternitat que, en accedir voluntàriament a la jubilació anticipada, opten per escurçar el seu període de cotització. L'objectiu del complement de maternitat és compensar aquelles mares que, per la seva dedicació a la cura dels fills, malgrat la seva intenció de tenir una vida laboral al més llarga possible, no hagin pogut cotitzar durant tants anys com la resta de treballadors. D'aquesta manera, sembla raonable no reconèixer-ho a qui s'acull a la jubilació anticipada voluntària tot i poder haver cotitzat més anys (FJ 3). Emeten vot particular la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón i el Magistrat Fernando Valdés Dal-Ré.

ITER PROCESSAL: El Jutjat Social planteja una qüestió d'inconstitucionalitat respecte del complement per maternitat de les pensions contributives del sistema de la Seguretat Social, per la seva eventual contradicció amb el principi d'igualtat davant la llei. El TC inadmet la qüestió d'inconstitucionalitat per resultar notòriament infundada.

CONFLICTE D'ATRIBUCIONS

Control pel Parlament del Govern en funcions

Ref. EDE: 2018/636418, STC Ple, de 14 novembre 2018, rec. 3102/2016
Ponent: Sr. Santiago Martínez-Vares García

RESUM: El TC sosté que un Govern en funcions pot ser controlat pel Parlament. El Ple del TC ha estimat el conflicte d'atribucions plantejat pel Congrés dels Diputats contra el Govern. Estableix que el fet que el Govern estigui en funcions no impedeix la funció de control de les Cambres, ja que en la mesura que l'executiu segueix desenvolupant la seva activitat, aquesta no pot quedar al marge del control de les Corts Generals, sens perjudici que la funció de control s'ha d'ajustar a la mateixa situació del Govern en funcions (FJ 9).

ITER PROCESSAL: El Congrés dels Diputats planteja un conflicte d'atribucions entre òrgans constitucionals de l'Estat contra el Govern, en relació amb la no-submissió d'aquest a iniciatives de control pel Congrés dels Diputats. El TC estima el conflicte d'atribucions i estableix que el fet que el Govern estigui en funcions no impedeix la funció de control de les Cambres.

LLEI ANTIBLANQUEIG

Llibertat de circulació de capitals. Multes

Ref. EDE: 2018/82294, STJUE Sala 1a, de 31 maig 2018, núm. C-190/2017

RESUM: Declarades excessives les multes establertes per la llei antiblanqueig espanyola. El TJUE ha resolt que la llibertat de circulació de capitals s'oposa a la normativa espanyola que estableix que l'incompliment de l'obligació de declarar quantitats elevades de diners en efectiu que entrin o surtin del seu territori, se sancioni amb una multa fins al doble de l'import no declarat. La finalitat de la llei espanyola no consisteix a castigar possibles activitats fraudulentas o il·lícites, sinó l'incompliment d'una obligació de declaració, per la qual cosa és desproporcionada, ja que excedeix del que resulta necessari per garantir el compliment d'aquesta obligació de declaració (FJ 26-50).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de l'art. 9,1 del Reglament (CE) n. 1889/2005 del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre de 2005, relatiu als controls d'entrada o sortida de diners en efectiu de la Comunitat. El TJUE estableix que fixar la multa en un import que excedeix el que resulta necessari per garantir el compliment d'una obligació de declaració.

PROTECCIÓ DE DADES

Concepte de fitxer

Ref. EDE: 2018/111696, STJUE Gran Sala, de 10 juliol 2018, núm. C-25/2017

RESUM: Els Testimonis de Jehovà han de respectar les normes de protecció de dades. Concepte de "fitxer". El TJUE ha sentenciat que la comunitat dels Testimonis de Jehovà, juntament amb els seus predicadors, és responsable del tractament de la informació que recopilen en les seves visites porta a porta i ha de respectar la normativa europea de protecció de dades personals. Estableix que el concepte de "fitxer" comprèn tot un conjunt de dades personals durant la predicació, sempre que estiguin estructurades de manera que puguin recuperar-se fàcilment després, encara que no hi hagin fitxes, catàlegs o altres sistemes de cerca (FJ 52-75).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte interpretar l'art. 2, c) i d), i l'art. 3 de la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995,



Sentències

relativa a la protecció de les persones físiques en relació amb el tractament de dades personals i la lliure circulació d'aquestes dades, en relació amb l'art. 10.1 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea. S'ha de determinar la legalitat d'una resolució de la Comissió de protecció de dades de Finlàndia que prohibeix a la comunitat religiosa dels Testimonis de Jehovà recollir o tractar dades personals en relació amb l'activitat de predicació porta a porta sense que concorrin els requisits de la legislació finlandesa relativa al tractament de dades personals. El TJUE ha sentenciat que la comunitat dels Testimonis de Jehovà, juntament amb els seus predicadors, és responsable del tractament de la informació que recopilen en les seves visites porta a porta i ha de respectar la normativa europea de protecció de dades personals.

Investigació de determinats delictes

Ref. EDE: 2018/120896, STJUE Gran Sala, de 2 octubre 2018, núm. C-207/2016

RESUM: Accés a dades personals de comunicacions electròniques durant la investigació de determinats delictes. El TJUE permet l'accés a dades personals emmagatzemades per serveis de comunicacions electròniques durant la investigació de determinats delictes quan el dit accés no suposi una ingerència greu en la vida privada. Aquesta ingerència pot estar justificada per l'objectiu de prevenir, investigar, descobrir i perseguir delictes en general, sense que sigui necessari que estiguin qualificats com greus (FJ 48-63).

ITER PROCESSAL: Petició de decisió prejudicial que té per objecte la interpretació de l'art. 15.1, Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de juliol de 2002, relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques, en la versió modificada per la Directiva 2009/136/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2009, en relació amb els arts. 7 i 8 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. S'ha presentat la petició en el marc d'un recurs contra la resolució d'un jutjat relativa a la denegació d'accés de la policia judicial a dades personals emmagatzemades per proveïdors de serveis de comunicacions electròniques. El TJUE permet l'accés a dades personals emmagatzemades per serveis de comunicacions electròniques durant la investigació de determinats delictes quan el dit accés no suposi una ingerència greu en la vida privada.

DRET DELS TREBALLADORS

Mort sense haver gaudit de vacances. Compensació econòmica

Ref. EDE: 2018/125006, STJUE Gran Sala, de 6 novembre 2018, núm. C-569/2016, núm. C-570/2016

RESUM: Mort del treballador sense haver gaudit de vacances. El TJUE disposa que el dret fonamental a les vacances anuals retribuïdes no només està configurat pel dret al seu gaudi efectiu,

sinó pel dret a percebre una retribució o compensació econòmica per les vacances no gaudides en finalitzar la relació laboral. Aquest vessant econòmic té un caràcter estrictament patrimonial que s'ha d'ingressar en el patrimoni de l'interessat. La mort del treballador no pot privar amb efectes retroactius l'esmentat patrimoni ni, en conseqüència, les persones a les quals s'ha de transmetre *mortis causa* el gaudi efectiu del vessant econòmic del dret a vacances anuals retribuïdes (FJ 35-63).

ITER PROCESSAL: Les peticions de decisió prejudicial tenen per objecte la interpretació de l'art. 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de novembre de 2003, relativa a determinats aspectes de l'ordenació del temps de treball, i l'art. 31.2, de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. Aquestes peticions s'han presentat en el context de dos litigis en relació amb la negativa dels antics ocupadors dels cònjuges, ja morts, a pagar a les seves vídues una compensació econòmica per les vacances anuals retribuïdes no gaudides pels seus cònjuges amb anterioritat a la seva defunció. El TJUE assenyalava que tenen dret al gaudi efectiu del vessant econòmic del dret a vacances anuals retribuïdes.

Extinció de relació laboral sense haver gaudit de vacances. Compensació econòmica

Ref. EDE: 2018/125005, STJUE Gran Sala, de 6 novembre 2018, núm. C-619/2016

RESUM: Extinció de la relació laboral sense haver sol·licitat el gaudi de les vacances. El TJUE declara que el Dret de la Unió s'oposa al fet que un treballador perdi automàticament els dies de vacances anuals retribuïdes a què tenia dret i, consegüentment, el seu dret a una compensació econòmica per les vacances anuals retribuïdes no gaudides, pel sol fet de no haver-les sol·licitat abans de l'extinció de la relació laboral (FJ 24-56).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de l'art. 7 Directiva 2003/88/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de novembre de 2003, relativa a determinats aspectes de l'ordenació del temps de treball. Aquesta petició s'ha presentat en el marc d'un litigi entre un treballador, el seu antic ocupador i l'Estat federat de Berlín, en relació amb la negativa a abonar al treballador una compensació econòmica per les vacances anuals retribuïdes no gaudides abans d'extingir-se la relació laboral. El TJUE assenyalava que el treballador no perd compensació econòmica per les vacances anuals retribuïdes no gaudides pel simple fet de no haver-les sol·licitat.

SUCCESSIONS

Operacions particionals. Llegítima

Ref. EDE: 2018/524537, STS Sala 1a Ple de 20 juliol 2018, rec. 3560/2015 Ponent: Sra. María de los Angeles Parra Lucán

RESUM: Successió. Comptador. Operacions particionals. Col·lació de donacions. Llegítima. El TS considera que la partició



posa fi a la comunitat hereditària i les funcions del comptador s'esgoten quan atorga la partició. La reserva de la facultat de rectificar errors o de complementar, encara que estigui dins el termini establert pel testador, no permet al comptador fer una partició nova, alterant les adjudicacions ja realitzades (FJ 3). Si la donació que rep un fill supera la seva llegítima, que és el que el testador va voler deixar-li en el seu testament, no té dret a percebre res en l'herència. La dispensa de col·lació té influència en l'organització de la successió i, en conseqüència, és revocable, amb independència de la forma en què es manifesti i del document que la reculli (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El jutjat de primera instància estima la demanda i declara la validesa de la donació, com també la condició de soci del demandant, el seu dret a cobrar els fruits i els dividends, i declara igualment la nul·litat de l'escriptura pública atorgada de rectificació d'operacions particionals de l'herència i que tenia per objecte l'aportació de les dites participacions a la societat de guanys. L'AP confirma aquesta sentència. El TS assenyala que, si la donació que rep un fill supera la seva llegítima, que és el que el testador va voler deixar-li en el seu testament, no té dret a percebre res en l'herència.

Testament. Nul·litat por incapacitat

Ref. EDE: 2018/585046, STS Sala 1a de 28 setembre 2018, rec. 968/2016 Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Testament. Nul·litat. Incapacitat per testar. El TS estableix que els efectes de la incapacitació s'inicien en esdevenir ferma la sentència que la declara, que és constitutiva, ja que decideix sobre el canvi d'estat civil de la persona. Per determinar la nul·litat del testament per manca de capacitat mental del testador cal provar, de manera concloent, la manca o l'absència de la dita capacitat en el moment de l'atorgament del testament objecte d'impugnació; sense que la declaració judicial d'incapacitat del testador, posterior a l'atorgament del testament, sigui prova determinant, per ella mateixa, de la manca de capacitat per testar quan el testament va ser atorgat, atès el caràcter constitutiu i sense efectes *ex tunc* de la sentència d'incapacitació (FJ 2).

ITER PROCESSAL: En primera instància es determina que no és procedent la declaració de nul·litat del testament atorgat. L'AP estima el recurs d'apel·lació i declara la nul·litat del testament esmentat. El TS estima el recurs de cassació i confirma la sentència de primera instància.

Dret hereditari. Rendició de comptes

Ref. EDE: 2018/589859, STS Sala 1a de 28 setembre 2018, rec. 391/2016 Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Dret hereditari. Rendició de comptes. La Sala del TS aclareix que no s'han de confondre els comptes amb titularitat plural amb els comptes el titular dels quals preveu l'existència de signatura autoritzada. Aquests darrers són comptes que, en la relació interna entre els titulars, institueixen una persona com a

mandatària, perquè pugui efectuar actes de disposició sense ser titular del compte (FJ 8).

ITER PROCESSAL: El jutjat condemna el demandat a reintegrar a la comunitat hereditària la quantitat retirada i el condemna a retre compte detallat i justificat dels actes d'administració efectuats per ell respecte dels béns de la demandant. L'AP estima el recurs d'apel·lació i absol el condemnat. El TS confirma la sentència de l'AP.

MATRIMONI

Habitatge en règim de guanys

Ref. EDE: 2018/638790, STS Sala 1a Ple de 20 novembre 2018, rec. 982/2018 Ponent: Sr. José Antonio Seijas Quintana

RESUM: Extinció del dret d'ús d'un habitatge de guanys. Per convivència del progenitor custodi amb una altra persona. El TS dictamina que la convivència d'un dels cònjuges amb una nova parella extingeix el dret d'ús de l'habitatge familiar atribuït en la sentència de divorci. El dret d'ús de l'habitatge familiar es confereix i es manté mentre conservi aquest caràcter familiar. L'entrada d'un tercer fa perdre a l'habitatge la seva antiga naturalesa de servir en el seu ús a una família distinta i diferent (FJ 2).

ITER PROCESSAL: En primera instància s'estima la demanda de modificació de mesures, es manté l'atribució de l'ús i gaudi del domicili familiar, es modifica l'import de la pensió alimentària que el pare paga pels seus fills reduint-la. L'AP estima en part el recurs d'apel·lació, declara que el dret d'ús de l'habitatge, atribuït al seu dia a l'esposa i als fills queda extingit en el moment en què es procedeix a la liquidació de la societat de guanys i deixa sense efecte el pronunciament que redueix la pensió alimentària dels fills. El TS desestima el recurs de cassació.

ALIMENTS

Reclamació aliments endarrerits

Ref. EDE: 2018/601790, STS Sala 1a Ple de 15 octubre 2018, rec. 3942/2017 Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Reclamació d'aliments endarrerits pactats en conveni privat. Vàlid tot i que no ha estat aprovat judicialment. El TS estableix que el conveni regulador subscrit privadament entre les parts no es pot titllar d'ineficaç per no tenir el requisit de ser aprovat judicialment. Els acords sobre mesures relatives a fills comuns, menors d'edat, són vàlids sempre que no siguin contraris a l'interès del menor (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El jutjat estima parcialment la demanda formulada i condemna al pagament d'aliments endarrerits. L'AP estima parcialment els recursos d'apel·lació interposats per ambdues parts. El TS desestima el recurs de cassació i confirma la sentència de primera instància.

Ocultació paternitat. Dany moral

Ref. EDE: 2018/640318, STS Sala 1a Ple de 13 novembre 2018, rec. 3275/2017 Ponent: Sr. José Antonio Seijás Quintana

RESUM: Ocultació de la veritable paternitat del fill. No és indemnitzable per dany moral. El TS estableix que el dany moral generat a un dels cònjuges per la infidelitat de l'altre no és susceptible de cap reparació econòmica. Aquestes conductes tenen resposta en la normativa reguladora del matrimoni, mitjançant la separació o el divorci, però no preveu la indemnització d'un dany moral generat a un dels cònjuges en un cas d'infidelitat i d'ocultació i pèrdua d'un fill que considerava seu mitjançant l'acció d'impugnació de la filiació (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El jutjat estima l'excepció de prescripció al·legada i desestima íntegrament la demanda interposada per dany moral i quantitats abonades en concepte d'aliments. L'AP estima el recurs d'apel·lació i estima la demanda. El TS estima el recurs de cassació, deixa sense efecte els pronunciaments de condemna relatius als aliments del menor, que apareixia com a fill del demandant, i la indemnització de danys morals.

TRIBUTS

IAJD

Ref. EDE: 2018/576318, STSJ Regió de Múrcia Sala Contenciosa Administrativa, Sec. 2a de 5 juliol 2018, rec. 656/2016 Ponent: Sr. Abel Ángel Sáez Doménech

RESUM: IAJD. Devolució d'ingressos indeguts. El TSJ declara que tributen al 0,1% els documents notariaus que documenten préstecs hipotecaris destinats al finançament de l'adquisició d'habitatges per subjectes passius de 35 anys o menors quan l'immoble adquirit tingui o hagi de tenir la condició d'habitatge habitual del subjecte passiu i que aquesta destinació es faci constar expressament en el document públic que formalitzi l'adquisició; s'entén acreditat el requisit d'habitatge habitual quan es fa constar en l'escriptura de compravenda (FJ 2).

ITER PROCESSAL: Interposat recurs contenciós administratiu davant la resolució del TEAR de Múrcia que desestima la reclamació econòmica-administrativa, presentada contra acord del Servei de Gestió Tributària de l'Agència Tributària, que desestima la sol·licitud de rectificació d'autoliquidació i devolució d'ingressos indeguts, en concepte d'Impost sobre Actes Jurídics Documentats per escriptura pública de constitució de préstec hipotecari. El TSJ l'estima anul·lant i deixant sense efecte aquests actes impugnats per no ser, en el que es discuteix aquí, conformes a dret i declara el dret de l'actor a la devolució de l'ingrés indegut.

IVA

Ref. EDE: 2018/547587, SAN Sala Contenciosa Administrativa, Sec. 6a de 25 juliol 2018, rec. 277/2017 Ponent: Sra. Berta Santillán Pedrosa

RESUM: Tributs. IVA. Inici de l'activitat. Deduccions. Devolucions. El TSJ manifesta que l'empresari que té intenció, confirmada

per elements objectius, d'iniciar amb caràcter independent una activitat econòmica i realitza les primeres despeses d'inversió, s'ha de considerar subjecte passiu i, en actuar com a tal, té dret a deduir immediatament l'IVA suportat per les despeses d'inversió efectuades per les necessitats de les operacions que vol realitzar i que tingui dret a deducció sense esperar a l'inici de l'explotació efectiva (FJ 4).

ITER PROCESSAL: S'impugna mitjançant recurs contenciós administratiu una resolució del TEAC que desestimava el recurs d'alçada interposat contra la resolució del TEAR de Madrid que confirmava l'acord de liquidació referida a l'IVA, exercici 2010 i períodes primer trimestre i mes d'abril, per la qual es determina que no és procedent la devolució sol·licitada. El TSJ acorda la nul·litat de la resolució en ser contrària a l'ordenament jurídic.

Ref. EDE: 2018/111698, STJUE Sala de Cassació, d'11 juliol 2018, núm. C-154/2017

RESUM: IVA. Règim especial. Béns d'ocasió. El TJUE estableix que, perquè un objecte compost de metalls o pedres precioses es pugui incloure en la categoria dels "béns d'ocasió", que poden gaudir del règim especial del marge de benefici en l'IVA i no en la dels "metalls preciosos o pedres precioses", que estan exclosos d'aquest règim, el dit objecte ha de tenir una funcionalitat diferent de la inherent a les matèries que el componen, haver-la conservat i ser susceptible de nova utilització, directament o amb reparació prèvia (FJ 17-39).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de l'art. 311.1.1 Directiva 2006/112/CE del Consell, relativa al sistema comú de l'impost sobre el valor afegit. Aquesta petició s'ha presentat en el context d'un litigi en relació amb el pagament de l'impost sobre el valor afegit, concretament, amb l'aplicabilitat del règim d'imposició del marge de benefici a la venda de béns compostos, en particular, d'or, de plata i de pedres precioses. El TJUE estableix els requisits perquè un objecte compost de metalls o pedres precioses pugui estar comprès en la categoria dels "béns d'ocasió", i gaudeixin del règim especial del marge de benefici en l'IVA, i no en la dels "metalls preciosos o pedres precioses", que estan exclosos.

ITP i AJD

Ref. EDE: 2018/621704, STSJ Regió de Múrcia Sala Contenciosa Administrativa, Sec. 2a de 24 setembre 2018, rec. 69/2017 Ponent: Sr. Abel Ángel Sáez Doménech

RESUM: ITP i AJD. Prescripció. El TSJ declara que un dels pressupostos elementals perquè concorri aquesta causa interruptiva de l'ITP i AJD és que l'acte sigui atribuïble a la voluntat del subjecte passiu i l'atorgament de l'Espectura de protocol·lització de l'Acta de fi d'obra tingui lloc en compliment d'una obligació de naturalesa no tributària, imposada per la normativa urbanística per poder accedir al Registre de la Propietat (FJ 1).

ITER PROCESSAL: S'interposa recurs contenciós administratiu davant resolució del TEAR de Múrcia estimatòria de reclamació



econòmica-administrativa interposada per una mercantil contra la liquidació efectuada pel concepte d'Impost sobre Transmissions Patrimonials i AAJJDD. El TSJ l'estima parcialment anul·lant i deixant sense efecte l'acte esmentat, impugnat per no ser conforme a dret.

Ref. EDE: 2018/618112, STS Sala 3a, Sec. 2a de 9 octubre 2018, rec. 4660/2017 Ponent: Sr. Francisco José Navarro Sanchís

RESUM: Tributs. ITP i AJD. Habitatges de protecció oficial. El TS estableix que l'exempció per als habitatges de protecció oficial s'ha d'entendre referida als habitatges per a la venda construïts a l'empara de la normativa d'una comunitat autònoma que aquesta qualifiqui com de "protecció pública", siguin quins siguin els requisits establerts a l'efecte per la normativa autonòmica que sigui aplicable en cada territori. Cal que les comunitats autònomes disciplinin el seu règim de protecció en matèria d'habitatge en els termes que tinguin per convenient; cal també que diferenciïn sobre això les modalitats de protecció que entenguin procedent i, fins i tot, que defineixin les condicions específiques d'accés al sistema com millor considerin necessari per al desenvolupament de la política de protecció social que pretenen dur a terme. Però el que no és possible en un règim que se sustenta en el principi de legalitat tributària és determinar, mitjançant l'establiment de diversos règims d'habitatges protegits, l'aplicació d'una exempció tributària reconeguda per la llei formal en unes condicions específiques i concretes, definides per una norma (estatal) que és la que ha fixat "els paràmetres de superfície màxima protegible, preu de l'habitatge i límit d'ingressos dels adquirents o usuaris" (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El TSJ va desestimar el recurs contenciós administratiu formulat contra la resolució del TEAR de Madrid que, al seu torn, havia desestimat la reclamació entaulada contra la resolució de la sotsdirectora general de la Inspecció de tributs-inspectora en cap, que va desestimar el recurs de reposició davant la seva resolució que va liquidar un deute per l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats. El TS confirma la sentència del TSJ.

Ref. EDE: 2018/618133, STS Sala 3a, Sec. 2a de 9 octubre 2018, rec. 4625/2017 Ponent: Sr. Francisco José Navarro Sanchís

RESUM: Tributs. ITP i AJD. El TS estableix que no hi ha una regla específica sobre la quantitat o cosa avaluable en els negocis documentats notarialment en què es divideixi la cosa comuna, però el precepte ens revela que serveix en principi el valor declarat, cosa que trasllada a l'Administració la càrrega d'establir complidament la seva inexactitud (FJ 3). És clar i palpable que estem en presència d'una concreció del domini, bilateral, commutativa, sinal·lagmàtica i onerosa, el valor econòmic de la qual equival a la part de la cosa comuna que és objecte del negoci documentat en favor de l'esposa com a conseqüència de la dissolució de la societat de guanys i que, en l'assumpte que hem de dilucidar, és el 50 per 100 del valor de l'immoble, ja que l'altra meitat indivisa ja la posseeix, a títol dominical, per virtut del seu propi dret preexistent en el si de la comunitat (FJ 3). El valor del que es documenta en una convenció d'aquesta mena no pot equivaler al de la totalitat del bé, immoble en aquest cas, que és objecte de divisió, sinó només el de la part que s'adquireix *ex novo* i sobre el qual l'escriptura pública recau estrictament (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El TSJ va desestimar el recurs formulat contra resolució del TEAR de València desestimatòria de la reclamació deduïda contra la liquidació practicada per l'oficina liquidadora de l'Agència Tributària, en concepte d'impost sobre actes jurídics documentats. El TS desestima el recurs de cassació i confirma la sentència.

Ref. EDE: 2018/626551, STSJ Regió de Múrcia, Sec. 2a d'11 octubre 2018, rec. 458/2016 Ponent: Sra. Ascensión Martín Sánchez

RESUM: ITP i AJD. Liquidació. El TSJ declara que el termini de prescripció de l'ITP i AJD comença a comptar des del dia en què finalitza el termini reglamentari per presentar l'autoliquidació corresponent (FJ 1).

ITER PROCESSAL: Interposat recurs contenciós administratiu contra resolució del TEAR de Múrcia que va estimar la reclamació econòmica-administrativa formulada contra l'acord dictat pel Servei de Gestió Tributària de la Conselleria d'Economia i Hisenda de la CARM, que desestima el recurs de reposició contra la liquidació provisional, en concepte d'Impost sobre Transmissions Patrimonials i AAJJDD. El TSJ estima parcialment el recurs per entendre que l'acta de final d'obra no està subjecta a l'impost de AAJJDD, anul·lant i deixant sense efecte l'acte esmentat impugnat per no ser conforme a dret.

Ref. EDE: 2018/606883, STS Sala 3a, Sec. 2a de 23 octubre 2018, rec. 1168/2017 Ponent: Sr. Nicolás Maurandi Guillén

RESUM: AJD. El TS estableix que el subjecte passiu en l'impost sobre actes jurídics documentats quan el document subjecte és una escriptura pública de préstec amb garantia hipotecària és el creditor hipotecari, no el prestatari (FJ 6). El beneficiari del document que ens ocupa no és altre que el creditor hipotecari, ja que ell, i només ell, està legitimat per exercitar les accions privilegiades que l'ordenament ofereix als titulars dels drets inscrits. Només a ell li interessa la inscripció de la hipoteca -l'element determinant de la subjecció a l'impost que analitzem-, ja que aquesta no té cap eficàcia sense la incorporació del títol al Registre de la Propietat (FJ 5). La persona de l'hipotecant pot coincidir amb el mateix deutor o amb un tercer -l'hipotecant no deutor, que només respon amb el bé hipotecat-, així és que, en aquest últim cas, no només s'exigiria el gravamen a una persona completament aliena a la hipoteca, sinó que la base imposable de l'impost inclouria sumes diferents de les que es preveuen en l'únic negoci en què va participar, compromentent seriosament -creiem- el principi de capacitat contributiva (FJ 5). Es formula vot particular.

ITER PROCESSAL: El TSJ dicta sentència sobre liquidació de l'impost sobre actes jurídics documentats d'una escriptura pública de formalització de préstec hipotecari respecte de diversos habitatges. Interposat recurs de cassació, el TS l'estima, i cassa i anul·la la resolució en assenyalar que el subjecte passiu en l'impost sobre actes jurídics documentats, quan el document subjecte és una escriptura pública de préstec amb garantia hipotecària, és el creditor hipotecari, no el prestatari. Així mateix, estima el recurs contenciós administratiu interposat per una empresa municipal d'habitatges i anul·la la liquidació que va ser objecte d'impugnació en el procés d'instància, com també els actes administratius posteriors a aques-



Sentències

ta que la van confirmar en via de reposició i econòmica-administrativa, per la seva disconformitat amb l'ordenament jurídic.

Ref. EDE: 2018/641985, STS Sala 3a, Ple de 27 novembre 2018, rec. 1653/2017 Ponent: Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

RESUM: ITP i AJD. Subjecte passiu. El TS declara que és el prestatari el subjecte passiu en l'ITP i AJD, quan el document subjecte és una escriptura pública de constitució d'un préstec amb garantia hipotecària, en la seva condició d'adquirent del negoci principal documentat (FJ 8). Es formula vot particular.

ITER PROCESSAL: El TSJ estima parcialment el recurs contenciós administratiu interposat contra resolució del TEAR de Madrid, que va desestimar reclamació contra la resolució d'oficina liquidadora, que inadmetia el recurs de reposició contra liquidació de l'impost sobre actes jurídics documentats derivada del document corresponent. L'anul·la i confirma la liquidació provisional que prové per ser ajustada a dret. El TS desestima el recurs de cassació interposat contra la sentència del TSJ.

Compatibilitat de l'impost sobre instal·lacions que incideixin en el medi ambient amb l'IAE

Ref. EDE: 2018/622512, STC Ple, de 31 octubre 2018, rec. 6412/2015 Ponent: Sr. Antonio Narváez Rodríguez

RESUM: Compatibilitat de l'impost sobre instal·lacions que incideixin en el medi ambient d'Extremadura amb l'IAE. El Ple del TC ha decidit que l'impost sobre instal·lacions que incideixin en el medi

ambient d'Extremadura és compatible amb l'impost d'Activitats Econòmiques. Són diverses les diferències entre ambdós impostos, entre altres, els fets imposables i la finalitat extrafiscal de protecció del medi ambient a la qual tendeix l'impost autonòmic (FJ 5 i 6). S'emeten vots particulars pel magistrat Sr. Ricardo Enríquez Sancho, al qual s'adhereix el magistrat Sr. Pedro José González-Treviño Sánchez, i pel magistrat Sr. Alfredo Montoya Melgar.

ITER PROCESSAL: Plantejada una qüestió d'inconstitucionalitat sobre els arts. 13 a), 17 i 19.2 del text refós de les disposicions legals de la Comunitat Autònoma d'Extremadura en matèria de tributs propis, aprovat pel Decret legislatiu 2/2006, de 12 de desembre, el TC la desestima.

Ref. EDE: 2018/527869, STS Sala 3a, Sec. 5a de 17 juliol 2018, rec. 400/2017 Ponent: Sr. Rafael Fernández Valverde

RESUM: Demarcació dels registres. Modificació. El TS declara que no pesa sobre l'Administració un deure jurídic absolut i incondicionat de modificar l'àmbit territorial d'absolutament tots els registres que s'aproximin a un cert volum de titulació, ja que en l'exercici de la seva potestat d'autoorganització pot tenir en compte legítimament altres consideracions (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El TS desestima el recurs contenciós administratiu interposat contra l'art. 4 i l'Annex V del Reial decret 195/2017, pel qual es modifica la demarcació dels Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles, i declara que és ajustat a l'ordenament jurídic..

Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Víctor Esquirol Jiménez
Notari del Masnou

EXTINCIÓ DE COMUNITAT

Una finca és indivisible quan legalment no se'n permeti la segregació o divisió.

SENTÈNCIA Núm. 35/2018, de 19 d'abril (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

Es planteja, a l'efecte de la dissolució del proindivís existent sobre un pati interior, si aquest és indivisible, ja que urbanísticament només es permet la segregació o divisió si les parts resultants s'agrupen a alguna de les finques confrontants, propietat d'un dels copropietaris, que pretén que li sigui adjudicat el pati en la seva totalitat, abonant-ne el valor als altres comuners.

En primera i segona instància es desestima aquesta pretensió perquè es considera que la finca és indivisible. No obstant això, el TSJC casa la sentència recorreguda i declara que la finca és indivisible ja 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, paràgraf 3r). Per tant, la finca s'ha d'adjudicar totalment a un dels comuners seguint els criteris de l'art. 552-11.5 CCCat: en primer lloc, a qui hi tingui interès i, si l'interès és el mateix, al que tingui una participació més gran. En aquest cas ambdues circumstàncies concorren en la part recurrent.

PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA PER DIVORCI

Possibilitat de fixar-la amb caràcter indefinit.

SENTÈNCIA Núm. 40/2018, de 3 de maig (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

Segons jurisprudència reiterada 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 3r. 2).

D'aquí 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 3r. 3).



Sentències

El TSJC considera que en el cas examinat concorren les circumstàncies excepcionals per a no fixar el límit temporal de la prestació econòmica, per l'edat de la creditora (58 anys), dificultat d'accés al món laboral, incapacitat psíquica i manca de liquiditat econòmica patrimonial per a procedir al seu manteniment, ja que el patrimoni que ambdós litigants posseeixen té càrregues hipotecàries en procés d'execució.

També vegeu, en un cas semblant, la STSJC núm. 58/2018, de 25 de juny, que també fixa la prestació compensatòria per temps indefinit.

ALIMENTS PER A FILLS MAJORS D'EDAT

Examen del requisit de convivència de l'art. 233-4.1.

SENTÈNCIA Núm. 41/2018, de 10 de maig (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

En un procediment judicial de modificació de mesures derivades d'una sentència de divorci, l'exmarit pretén la supressió del dret d'aliments d'un dels fills, major d'edat, per no conviure amb la mare. Es declara provat que el fill viu amb la seva tieta des de que es va dictar una interlocutòria d'allunyament forçós com a conseqüència d'un episodi d'agressió a la seva mare, que el fill pateix una malaltia psiquiàtrica i que la mare entrega una quantitat mensual a la seva germana per a la seva manutenció.

El TSJC admet que el progenitor a càrrec del qual i de qui depèn econòmicament l'alimentista major d'edat pugui exercir les accions de reclamació d'aliments dins el procés matrimonial. I en relació amb el fons de l'assumpte, considera que la situació excepcional que dona lloc a aquest cas fa innecessària la convivència física del fill major d'edat amb la progenitora perquè continuï tenint dret a la prestació d'aliments.

ORDRE DELS COGNOMS

Ha de prevaldre l'interès superior del menor.

SENTÈNCIA Núm. 42/2018, de 10 de maig (Ponent: Carlos Ramos Rubio)

En la inscripció originària de naixement d'un menor únicament figuren inscrits els cognoms materns, ja que la filiació paterna es va determinar posteriorment. En el moment d'inscriure la filiació, el pare reclama que el menor ostenti el seu cognom en primer lloc, anteposant-lo al de la mare. Aquesta s'hi oposa, al·legant l'interès del menor. S'ha de destacar que el menor ja fa 6 anys que utilitza el cognom de la mare en l'àmbit social, escolar i familiar.

El TSJC resol a favor d'establir en primer lloc el cognom de la mare i en segon lloc el del pare, basant-se en l'interès superior del menor, que ha de prevaldre de conformitat amb l'art. 211-6.1 CC-Cat i que justifica que es completi en aquest sentit l'art. 235-2.3. Efectivament, aquest precepte estableix que els progenitors poden establir de comú acord l'ordre dels cognoms, però no preveu el cas de desacord. Sí que ho fa l'art. 49.2 LRC, que en aquest supòsit

disposa que l'encarregat del Registre Civil ha d'acordar l'ordre dels cognoms atès l'interès superior del menor; però aquest precepte no estava en vigor en el moment d'interposar-se la demanda. No obstant això, l'interès superior del menor i la jurisprudència del TS respecte de l'art. 109 CC justifica al parer del TSJC la correcció de la interpretació literal dels preceptes aplicables.

REVOCACIÓ D'UNA DONACIÓ PER INGRATITUD

La conducta del donatari ha ser de prou entitat i gravetat per poder ser considerada reprobable socialment.

SENTÈNCIA Núm. 44/2018, de 10 de maig (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

La sentència recorreguda declarava acreditada, com a causa d'ingratitude, l'actitud del donatari d'impedir al seu pare i donant la tornada a la masia on vivia (i de la qual s'havia absentat temporalment) i de trencar tota relació amb el donant. El TSJC casa aquesta sentència perquè entén que la conducta del donatari s'ha de valorar en funció de les circumstàncies existents. En aquest cas, es declara provat que el donant va intentar tocaments no requerits contra la filla de la parella del demandat, per la qual cosa la conducta del donatari «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 4t, paràgraf 12n).

ALIMENTS A FAVOR DE PERSONA MAJOR D'EDAT

Es requereix certa diligència per part de l'alimentat per accedir al mercat laboral.

SENTÈNCIA Núm. 45/2018, de 14 de maig (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

Es planteja si manté el dret a aliments una filla major d'edat que, després de cursar els estudis corresponents i d'accedir al mercat laboral, rescindeix el contracte de feina voluntàriament amb la intenció de dedicar-se a uns estudis en els quals no acredita un rendiment regular.

El TSJC declara que l'extinció de la prestació d'aliments és procedent. Es tracta dels aliments d'origen familiar dels arts. 237 i seg., no dels que es basen en el deure de la potestat parental, que s'extingeixen amb la majoria d'edat. El Tribunal sosté que a un fill major d'edat li resulta exigible un aprofitament dels seus estudis i, un cop finalitzats, es presumeix una capacitat laboral; això no obstant, «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 2n. 4, paràgraf 2t).



D'altra banda, «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 2n.4, paràgraf 5è). En aquest cas, el TSJC entén que amb l'obtenció d'una feina remunerada amb contracte indefinit per import de 1.000 euros mensuals havia assolit la suficiència econòmica, sense que resulti justificada la rescissió del contracte per seguir uns estudis que eren compatibles amb la feina i amb els quals no ha seguit un rendiment regular. En canvi, no accedeix que els efectes de l'extinció de la prestació d'aliments es retroreguin al moment de la presentació de la demanda, com pretenia l'alimentista perquè la seva filla li havia amagat l'obtenció de la feina i la seva condició de repetidora en els estudis, per manca de diligència deguda de l'obligat en el seu deure de requerir a la filla informació suficient sobre això.

DESHERETAMENT

Per determinar a qui és imputable la manca de relació familiar s'ha de tenir en compte tota la durada del temps que s'ha produït.

SENTÈNCIA Núm. 49/2018, de 31 de maig (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

El causant, mort el 2013, va desheretar els fills del seu primer matrimoni per manca de relació familiar per causes imputables exclusivament als legitimaris. Es declara provat que el pare es va separar del seu primer matrimoni quan els fills tenien entre 9 i 14 anys, que no va satisfer cap quantitat en concepte d'aliments des de que va abandonar el domicili familiar i que no va fer cap intent seriós de contactar amb els seus fills malgrat tenir reconegut judicialment un règim de visites durant la minoria d'edat. També es considera provat que els fills no es van interessar per la salut del pare malgrat les hospitalitzacions contínues que va patir, però no consta que els fills tinguessin coneixement de la malaltia del pare.

Malgrat que en primera instància es va declarar com a justa causa de desheretament, no ho van considerar així l'Audiència ni el TSJC. Aquesta reitera la doctrina de la sentència núm. 2/2018, de 8 de gener, comentada en aquesta revista (La Notaria, núm. 1/2018, pàg. 126), i la completa en el sentit que, per valorar la imputabilitat de la manca de relació al legitimari o al causant, s'ha de tenir en compte tota la durada de la manca de relació, sense que tingui cap sentit restringir-la –sense cap altra precisió temporal– a l'època immediatament anterior a la formalització del desheretament. En realitat, dos fets fan imputable al pare la manca de relació: que els fills eren petits quan va abandonar el domicili familiar i que en cap moment hagi intentat restablir el contacte amb ells.

PROPIETAT HORITZONTAL

L'acord temporal d'imposar un recàrrec als propietaris morosos no té naturalesa estatutària.

SENTÈNCIA Núm. 54/2018, de 7 de juny (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

La junta de propietaris va prendre la decisió de renovar l'acord que havia pres els anys anteriors d'imposar un recàrrec o penalitza-

ció del 10% a les quotes no pagades puntualment pels propietaris. L'un d'aquests va impugnar l'acord sobre la base que tot acord relatiu a la imposició d'un recàrrec al propietari morós ha de figurar als estatuts i, per tant, ser anunciat a l'ordre del dia de la convocatòria com a modificació estatutària.

El TSJC, con el criteri de l'Audiència Provincial de Girona (Sec. 2a), entén que aquest acord no suposa una modificació estatutària o, almenys, que no s'ha d'especificar a l'ordre del dia de la convocatòria «la naturalesa estatutària de la proposta d'imposar un recàrrec als deutes impagats dels propietaris, potser perquè es tractava d'un acord d'abast temporal limitat (com ho havien estat els acords similars adoptats els dos exercicis anteriors), sense la vocació de permanència que caracteritza per regla general tota norma estatutària» (FD 2n. 4, paràgraf 10è). Considerant que el contingut d'aquest acord figurava clarament a l'ordre del dia sense atorgar-li rang estatutari, el TSJC casa la sentència de l'Audiència i declara vàlid l'acord.

ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR EN EL CAS DE DIVORCI

Només es pot estendre fins a la majoria d'edat dels fills.

SENTÈNCIA Núm. 57/2018, de 21 de juny (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

L'Audiència Provincial de Lleida (Sec. 2a) atribuïa a l'esposa l'ús de l'habitatge familiar fins al moment que la filla assolís la independència econòmica. El TSJC considera que aquesta decisió vulnera l'art. 233-20.2 en relació amb l'art. 233-24.1, que estableixen clarament que aquest dret s'extingeix per la finalització de la guarda, és a dir, quan els fills assoleixen la majoria d'edat, sense que es pugui estendre més enllà «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», circumstància que no correspon apreciar mentre els fills són menors d'edat i no hi ha indicis que hagi de succeir així.

EXTINCIÓ D'UNA COMUNITAT

L'interès de les parts d'adjudicar-se la totalitat de la finca indivisible s'ha de ponderar en cada cas en funció de la utilitat que la seva adjudicació reporti a cadascuna.

SENTÈNCIA Núm. 61/2018, de 5 de juliol (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

Confirma la doctrina de la STSJC de 3 de novembre de 2016, per la qual crea jurisprudència, en el sentit que quan els copropietaris pretenguin adjudicar-se la finca comuna perquè és indivisible, s'ha de ponderar l'interès de cadascú a l'efecte de l'art. 552-11.5. Aquest precepte disposa que si les parts pretenen l'adjudicació de la cosa comuna, té preferència qui hi tingui interès. Per determinar



Sentències

aquesta circumstància no n'hi ha prou que les parts reclamin per a ells l'adjudicació, sinó que s'ha de ponderar la utilitat que aquesta reporta a cadascuna. En el cas en qüestió, el TSJC entén que les parts tenen el mateix interès, ja que el fet que l'una utilitzi la finca no li confereix un interès superior.

USUCAPIÓ

Els diners no poden ser objecte d'usucapió, ja que no poden ser posseïts per la seva naturalesa fungible o consumible.

SENTÈNCIA Núm. 63/2018, de 2 de juliol (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

Després de declarar-se la Generalitat de Catalunya per interlocutòria judicial hereva abintestato, apareix un nebot que reclama l'herència, consistent únicament en diners. La Generalitat s'oposa a retornar l'herència reclamada per l'hereu, al·legant haver-la adquirit per usucapió pel decurs de tres anys, però el TSJC, casant la sentència recorreguda, accedeix a la reclamació perquè entén que el diner «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 2n.3, paràgraf 5è). I afegeix: «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 2n. 3, paràgraf 6è).

ANY DE VIDUITAT

La pretensió està subjecta al termini ordinari de prescripció de l'art. 121-20. No és un dret legitimari.

SENTÈNCIA Núm. 66/2018, de 26 de juliol (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

En relació amb l'any de viduitat, es planteja si hi té dret la vídua quan interposa la demanda gairebé tres anys després de la defunció dels causant (mort el 2011). L'hereu demandat al·lega que l'acció havia caducat al cap d'un any de la defunció, sobre la base de l'art. 231-31.1, de conformitat amb el qual «Durant l'any següent a la mort d'un dels cònjuges, el supervivent [...] té dret a continuar usant l'habitatge conjugal i a ésser alimentat a càrrec d'aquest patrimoni, d'acord amb el nivell de vida que havien mantingut els cònjuges i amb la importància del patrimoni». La vídua reclama una indemnització perquè l'hereu li ha impedit l'ús de l'habitatge conjugal.

El TSJC afirma que el termini d'un any no determina el temps durant el qual el cònjuge vidu pot exercir l'acció, sinó l'abast temporal d'aquest dret. Així es dedueix de l'ús de l'adverbi «durant» per part de l'art. 231-31.1 i d'una interpretació sistemàtica, de la qual resulta «una clara voluntat del legislador per regular la forma i el termini d'exercici dels drets quan ho creu convenient, de manera que el silenci del legislador en un cas concret significa que la pretensió relativa a aquella titularitat jurídica substantiva està sotmesa al termini ordinari de prescripció (article 121-20) i que no ens trobem en presència d'una acció o poder de configuració jurídica sotmesa a caducitat (article 122-1.1 CCCat)» (FD 3r, motiu 1r).

En relació amb la quarta vidual, l'hereu recurrent al·lega que la sentència d'apel·lació la configura indegudament com un dret legitimari i no té en compte la totalitat dels ingressos de la vídua per a la fixació de la quantia. En aquest cas, el TSJC dona la raó a l'hereu, estimant que la quarta vidual no pot ser considerada de caràcter alimentari no legitimari, sinó com una institució específica del dret de successions per la fixació de la qual s'han de computar tots els recursos econòmics del supervivent, així com considerar el nivell de vida d'aquest durant el matrimoni.

PROPIETAT HORIZONTAL

Els acords de la junta prohibitius de l'ús turístic dels elements privatis són vàlids encara que s'adoptin amb el vot en contra dels propietaris afectats, tot i que aquests no hi quedaran vinculats.

SENTÈNCIA Núm. 74/2018, de 13 de setembre (Ponent: M. Eugènia Alegrat Burgués)

RESUM.- En una junta de propietaris celebrada el 2014 es va acordar prohibir l'ús turístic i altres d'anàlegs en tots els elements privatis de l'edifici, després que l'actora comunicés a l'administrador la intenció de destinar el seu habitatge a aquest ús i d'obtenir l'autorització de l'Administració. L'acord es va adoptar amb la majoria de l'art. 553-25.4 CCCat, però amb el vot en contra de l'actora. En primera i segona instància es declara la validesa de l'acord adoptat i la seva vinculació respecte de l'actora.

El TSJC casa parcialment la sentència recorreguda resolent que l'acord és vàlid, però no vincula els propietaris que hi van votar en contra. La validesa és conseqüència del compliment dels requisits legals per a la seva adopció, especialment el quòrum de majories exigint per l'art. 553-25.2 CCCat (actualment, art. 553-26.2) i, per tant, l'acord es pot inscriure en el Registre de la propietat. És el criteri que ja va establir la STSTC 33/2016, de 19 de maig, que ja va disposar, en contra del criteri de la DGDEJ en les seves resolucions de 14 de juliol de 2015 i de 15 d'octubre de 2015, que n'hi havia prou amb l'aprovació dels 4/5 dels propietaris i de les quotes, interpretació 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).



No obstant això, «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). Aquest és el criteri que també va fixar 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). Per tant, resol que les limitacions de l'ús aprovades no poden afectar la propietatària dissident «en la medida en que cuando fue adoptado ya estaba autorizada a destinarlo a uso turístico» (FJ 4.12).

COMENTARI.- Em sembla encertat el sentit de la sentència, però m'agradaria fer dues matisacions sobre això.

La primera és la relativa a la validesa de l'acord adoptat. El TSJC no sembla tenir en compte que la junta de propietaris es va celebrar abans de la reforma del Llibre cinquè per la Llei 5/2015, per la qual cosa s'ha de regir per la redacció primitiva de l'art. 553-25.4, que exigia, per a la validesa dels acords, que disminuïssin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari que aquest els consentís expressament. En aquest sentit, la DGDEJ no ha modificat el seu criteri per adaptar-lo a la STSJC 33/2016: el criteri de la DGDEJ no ha variat per a les juntes celebrades abans de la Llei 5/2015 i simplement n'ha fixat un altre per a les posteriors al nou règim legal, és

a dir, el de no exigir aquest consentiment. Per tant, l'acord adoptat amb l'oposició d'un dels propietaris afectats per la limitació dels usos (que, a més, havia comunicat prèviament a la comunitat la seva intenció), no hauria de ser considerat vàlid per aquest motiu, sens perjudici que la junta de propietaris pugui tornar a prendre aquest acord actualment sense necessitat de complir aquest requisit.

La segona crítica és la relativa a l'eficàcia de l'acord. El TSJC considera que l'acord no és vinculant per a la propietatària afectada perquè, quan va ser adoptat, ja estava autoritzada per destinar-lo a ús turístic. En realitat, no hi ha cap norma en el CCCat que ho disposi, ni que estableixi que els acords no puguin tenir caràcter retroactiu, ni que s'exceptui de la seva eficàcia vinculant els propietaris que hi van votar en contra. L'art. 553-30.1 estableix que els acords adoptats per la junta de propietaris són obligatoris i vinculen tots els propietaris, fins i tot els dissidents, sense més excepcions que les que s'estableixen en els números següents. La norma fonamental en aquesta matèria és l'art. 553-11.3: «Les normes dels estatuts que no siguin inscrites en el Registre de la Propietat no perjudiquen tercers de bona fe», cosa que és conseqüència del principi de fe pública registral. La possible confusió del TSJC potser deriva que no considera tercer el propietari dissident, en la mesura que, en el moment d'adoptar-se l'acord, és un dels participants de la comunitat (com al·lega la recurrent). No obstant això, sí que és un tercer, ja que aquesta condició no s'ha de tenir en compte en el moment de prendre's l'acord, sinó en el moment que va adquirir un element privatiu i va ingressar a la comunitat, ja que és aquest moment el decisiu per determinar quines normes de la comunitat l'afecten (les inscrites al Registre) i quines no (les no inscrites).

Resum de les Resolucions de la DGRN sobre recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat

Publicades el segon semestre de 2018

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calatayud

ANOTACIÓ PREVENTIVA

R. 27 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9621)

Es presenta manament d'adjudicació i de cancel·lació de càrregues, derivat de l'execució judicial d'una anotació d'embargament, es denega la cancel·lació de les càrregues posteriors a l'anotació executada, ja que estava caducada quan es va presentar el títol qualificat.

És doctrina consolidada que la caducitat de les anotacions ordenades judicialment es produeix *ipso iure* un cop esgotat el termini de vigència (4 anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de practicar una nova inscripció o certificació. Esgotat el termini de l'anotació o, un cop cancel·lada, ja no es pot prorrogar; i els assentaments posteriors milloren el seu rang automàticament, sense que puguin ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

R. 9 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10444)

Denega la cancel·lació d'unes anotacions preventives per caducitat que van ser prorrogades abans de l'entrada en vigor de la LEC actual.

És doctrina consolidada que les anotacions sol·licitades després de l'entrada en vigor de la LEC (8 de gener de 2001) i les practicades abans de l'entrada en vigor caduquen als 4 anys, però són susceptibles de pròrroques successives (article 86 LH). Això no obstant, les anotacions prorrogades en virtut de manament presentat abans de l'entrada en vigor de la LEC (a les quals es refereix la Instrucció DGRN,

de 12 de desembre de 2000) se'ls aplica transitòriament l'antic article 199-2 RH i queden prorrogades indefinidament fins a la fermesa de la resolució judicial que posi fi al procediment. L'anotació no caduca automàticament en el moment que sigui ferma, sinó que, per analogia amb l'art. 157 LH, només es pot sol·licitar la cancel·lació als 6 mesos des de l'emissió de la resolució ferma dictada en el procés en el qual l'anotació i la seva pròrroga han estat decretades.

D'altra banda, també es denega la cancel·lació per caducitat d'una hipoteca inscrita l'any 1989 perquè l'últim pagament estava previst dins el termini de 10 anys, de manera que el termini de 21 anys de l'article 82 LH s'ha de computar des de l'any 1999 i, en conseqüència, encara no ha transcorregut.

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11209)

S'admet la pràctica d'una anotació preventiva de querella per un delictes d'alçament que el Registrador havia denegat perquè entenia que no estava acreditat que s'estigués exercint una acció real amb transcendència immobiliària susceptible de modificar el Registre.

És doctrina general que no és possible la constància registral de la mera interposició de querella, tot i que això no impedeix que se'n pugui deixar constància per mitjà d'una anotació preventiva quan en la querella no només s'exerceixi l'acció penal, sinó també la civil. És necessari que el contingut de l'acció civil exercida es desprengui del manament judicial o aquest s'adjunti al text de la querella que contingui la súplica. Ara bé, és doctrina del TS (S. de 25 de maig de 2012), entre altres) que la responsabilitat derivada del delictes d'alçament de béns presenta unes característiques peculiars, perquè la reparació del dany no permet sense altre tenir en compte la quantia exacta



dels crèdits defraudats, sinó que la restauració de l'ordre jurídic per-torbat exigeix, en principi i quan sigui possible, reintegrar al patrimoni del deutor els béns indegudament sostrets, tret que es trobin en poder de tercers aliens al *consilium fraudis* i siguin irreivindicables.

R. 19 setembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13752)
R. 26 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14157)

Presentat un manament d'adjudicació i de cancel·lació de càrregues derivat de l'execució judicial d'una anotació d'embargament, la Direcció denega la cancel·lació de les càrregues posteriors a l'anotació executada, ja que aquesta estava caducada quan es va presentar el títol qualificat.

És doctrina consolidada que la caducitat de les anotacions ordenades judicialment es produeix ipso iure un cop esgotat el termini de vigència (4 anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de practicar una nova inscripció o certificació, esgotat el termini de l'anotació o un cop cancel·lada, ja no es pot prorrogar; i els assentaments posteriors milloren el seu rang automàticament, sense que puguin ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

R. 17 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16471)

Practicada una anotació preventiva de querella per manament judicial, la Direcció en suspèn la pròrroga sol·licitada mitjançant instància privada de l'interessat. Tota actuació relativa a mesures cautelars ja decretades correspon a l'òrgan o tribunal que les hagués decretat, com es desprèn dels articles 5-1, 723, 726, 731 i 743 LEC.

ARBITRATGE

R. 26 juny 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11207)

Suspèn la inscripció d'una resolució arbitral per la qual s'estima la sol·licitud de l'actor que pretenia que s'adoptés la mesura cautelar de l'anotació preventiva de la demanda arbitral. És necessari manament judicial.

Les mesures cautelars són mecanismes processals per assegurar l'efectivitat de la sentència estimatòria que es dicti o del laude arbitral que posi fi a la controvèrsia (articles 721-1 LEC, i 11 i 23 de la Llei 60/2003 Arbitratge). L'apartat V de l'Exposició de Motius de la Llei 60/2003 diu que els àrbitres no tenen potestat executiva, per la qual cosa, per a l'execució de les mesures cautelars és necessari acudir a l'autoritat judicial, en els mateixos termes que si es tractés d'un laude sobre el fons. En aquest punt, la Llei 60/2003 no ha estat modificada per la seva reforma de la Llei 11/2011, que es limita a reafirmar la competència dels jutjats de primera instància en matèria d'execució de resolucions arbitrials.

ARRENDAMENT

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10157)

Admet la inscripció d'una escriptura de venda de locals comercials que es declaren arrendats, amb una ressenya de les circumstàncies essencials del contracte d'arrendament i amb una manifestació que no es va preveure el dret d'adquisició a favor de l'arrendatari.

No és necessita la notificació de l'article 25 LAU, ni l'aportació del contracte d'arrendament.

L'article 31 LAU (que es remet al 25) té caràcter dispositiu: permet excloure el dret d'adquisició preferent en els arrendaments per a ús diferent del d'habitatge, independentment de la seva durada. Si aquest dret no existeix, no és exigible cap notificació. L'actual regulació aconsella que l'arrendatari tingui un plus de diligència mitjançant la inscripció del seu contracte en el Registre perquè sigui oposable al tercer de l'article 34 LH. Si a l'efecte de la inscripció s'admet de manera suficient la manifestació del venedor que la finca està o no arrendada o la identitat de l'arrendatari, no hi ha cap motiu que impedeixi estendre la validesa d'aquesta manifestació a altres elements del contracte, com l'existència o no del dret d'adquisició. En conseqüència, a l'efecte d'inscriure una compravenda al Registre de la Propietat quan l'arrendament no estigui inscrit, la LAU no exigeix aportar el contracte per comprovar l'exclusió o la renúncia al retracte, i és suficient la manifestació del venedor que la finca no està arrendada o sobre la inexistència del dret d'adquisició preferent.

R. 14 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13377)

Suspèn la inscripció d'un decret d'adjudicació de finca dictat com a conseqüència d'un procediment d'execució hipotecària perquè del títol es desprèn l'existència d'un ocupant amb el dret a romandre a l'immoble com a arrendatari i no s'ha acreditat la notificació fefaent a l'arrendatari a l'efecte d'exercir els seus drets d'adquisició preferent. Encara que l'article 25 LAU preveu aquests drets només per al supòsit de "venda" de finca arrendada, l'execució forçosa està compresa en el concepte ampli de compravenda. Així, les normes s'hi refereixen com a venda pública (article 464 Cc) o com a venda en subhasta pública o judicial (articles 1459, 1489, 1494 Cc; 693 LEC).

R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15117)

Considera que l'actuació de la Registradora s'ajusta a la doctrina de la Direcció, la qual cancel·la una inscripció d'arrendament financer en virtut d'un decret judicial dictat en un procediment de desnonament seguit només contra l'arrendatari, però denega la cancel·lació de dues anotacions d'embargament posteriors sobre el dret de l'arrendatari, els titulars de les quals no han estat part en el procediment, fent constar per nota al marge la referència al decret judicial que resol el lísing, que registralment només subsistirà com a suport d'aquests embargaments, però sense que es pugui inscriure cap acte dispositiu o de gravamen sobre el dret d'arrendament.

R. 2 novembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15938)

Denega la inscripció d'un arrendament de local de negoci, en el qual s'estipula una durada determinada, susceptible de pròrroga per períodes successius, tret de preavís fefaent d'alguna de les parts a l'altra. L'anomenat principi d'especialitat exigeix establir una durada de la pròrroga, que permeti conèixer la durada del contracte un cop transcorregut el primer període establert. La Direcció recapitula la doctrina jurisprudencial sobre això (STS 9 setembre 2009, 17 novembre 2011, 12 març 2015, 8 juny 2015): és vàlida la pròrroga convencional de l'arrendament sempre que hagi estat acordada per les parts lliurement, consti clarament en el contracte i no sigui potencialment perpètua, de manera que ha de tenir un límit temporal màxim fixat per les parts o, en defecte seu, pel jutge. La seguretat jurídica pels tercers exigeix determinar el contingut del dret inscrit.

No obstant això, es desestima l'altre defecte, que també considerava infringit el principi d'especialitat en atorgar a l'arrendador una facultat de suspensió de l'arrendament per causa de força major. Aquesta facultat constitueix un dret determinat amb transcendència real: la seva naturalesa és de suspensió, que paralitza temporalment el còmput de la durada de l'arrendament: encara que no s'estableixi que la notificació del seu exercici hagi de ser notarial o judicial, s'ha d'entendre així perquè és la forma prevista en la legislació processal i notarial (R. 12 febrer 2015): la suspensió no és una facultat merament potestativa de l'arrendador, sinó que exigeix una causa objectiva, la força major.

BÉNS PÚBLICS

AIGÜES

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11299)

Suspèn la inscripció en el Registre de la Propietat de l'aprofitament de les aigües d'un pou situat a la finca objecte de la compravenda. S'incorpora una fotocòpia d'un escrit de la Confederació Hidrogràfica del Guadiana a l'escriptura, de la qual es desprèn que els titulars de l'aprofitament d'aigües són terceres persones.

En aquest cas es tracta d'aigües d'una propietat privada preexistent conservades pel no-exercici, abans de l'1 de gener de 1989, de l'opció d'inscripció en el Registre d'Aigües prevista a les transitòries segona i tercera de la Llei d'Aigües, per a la conservació del dret de propietat en titularitat privada de 50 anys, amb la preferència subsegüent a la concessió. Aquesta propietat privada existent en entrar en vigor la Llei esmentada pot ser objecte d'inscripció en el Registre de la Propietat, com a finca independent o com a qualitat de finca, tant si ja havia tingut accés al Registre abans d'aquesta vigència, com si es pretengués immatricular-l'hi. Ara bé, per a això és imprescindible aportar: el títol o document principal en el qual basi immediatament el seu dret la persona a favor de la qual s'hagi de practicar la inscripció (article 33 RH), i la certificació de l'Organisme de Conca o de l'Administració autonòmica competent (si és una conca intracomunitària) acreditativa del contingut de la inscripció en el Catàleg d'Aprofitament d'aigües privades, o negativa del mateix Catàleg i del Registre d'Aigües.

COSTES

R. 4 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14547)

Denega la inscripció d'un excés de cabuda (menys de l'1% de la superfície inscrita), per la justificació de la qual s'ha instat acta notarial d'incorporació de base gràfica cadastral segons l'article 201 LH, la tramitació de la qual conclou el mateix Notari autoritzant, per constar-hi la recepció de l'informe del Servei Provincial de Costes, segons el qual la rectificació de superfície pretesa implicaria una invasió del domini públic maritimoterrestre, ja que la superfície exacta inscrita és la que es correspon amb la concessió atorgada sobre terrenys actualment demaniais i abans de propietat privada (segons la transitòria primera Llei 22/1988, de Costes), tot això segons els límits aprovats.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre immatriculacions i excessos de cabuda de finques que puguin limitar amb el domini públic maritimoterrestre, operacions per a la seva inscripció de les quals s'exigeix la constància de la seva no-invasió (articles 15 i 16 Llei de costes 1988; i 33-36 Reglament General de Costes 2014). La nova regulació en matèria de costes té com a finalitat que el Registrador pugui comprovar directament, sobre la base de les representacions gràfiques, la situació de les finques en relació amb el domini públic i les servituds legals. Mentre l'aplicació informàtica corresponent per al tractament de bases gràfiques no disposi de la informació gràfica corresponent a la línia de domini públic i les zones afectades per servituds, l'única forma de determinar si es produeix intersecció o contigüitat és la certificació del Servei Perifèric de Costes; si bé la seva aportació només és exigible respecte d'aquelles finques que, segons el Registre, el Cadastre i altres dades a les quals tingui accés el Registrador pel seu càrrec, limitin amb el domini públic o puguin estar subjecte a aquestes servituds.

D'altra banda, la inscripció de l'excés de cabuda que es pretén en aquest expedient no solament s'oposa a la legislació sobre costes, sinó també a la regulació de l'expedient de l'article 201 LH, al qual li és aplicable per via de remissió la regla de l'article 203-3a LH sobre denegació de l'anotació preventiva d'incoació de l'expedient de rectificació descriptiva quan l'Administració manifesti la seva oposició.

MUNTANYES

R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15119)

Denega la immatriculació d'una finca situada a Santa Cruz de Tenerife. En estar la finca situada en un espai protegit, la registradora va obtenir l'informe exigint per l'article 22 de la Llei de muntanyes de l'àrea de sostenibilitat, ambient i seguretat del Cabildo Insular, del qual resulta que no hi ha cap obstacle per a la immatriculació des del punt de vista de la legislació forestal. Però la registradora, a la vista dels seus dubtes sobre la inclusió de la finca en una carretera autonòmica no immatriculada, suscitats després de consultar l'Oficina Virtual del Cadastre, obté un segon informe del Servei Administratiu de Carreteres i Peatges del Cabildo Insular, del qual no s'obté contestació en el termini d'un mes previst a l'article 205 LH. El recurrent al·lega que s'ha produït un acte administratiu favorable a la seva pretensió en virtut del silenci administratiu.

La protecció registral que la Llei atorga al domini públic no es limita només al que està inscrit, sinó que també s'estén al que no està inscrit, però de l'existència del qual el registrador tingui indicis suficients. La tècnica del silenci administratiu no es pot aplicar a aquest cas, perquè no regeix en matèria de nul·litat o de validesa civil dels actes subjectes a Dret privat; i en aquets cas, la intervenció requerida de l'Administració és un mer informe i no una resolució d'un procediment administratiu. A més, l'article 24 LPAC-AAPP exceptua de la regla general del caràcter positiu del silenci els casos exclosos per una norma de rang legal (el paràgraf tercer de l'article 205 LH ordena denegar la inscripció si l'Administració s'oposa o no remet el seu informe dins el termini), així com els casos de sol·licituds d'estimació de les quals suposaria transferir a particulars facultats relatives al domini públic. Finalment, l'article 30-7 Llei de carreteres, per immatricular immobles confrontants amb el domini públic, exigeix certificació de l'Administració de l'Estat acreditativa de la seva no-invasió.



R. 5 desembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17830)

Denega la inscripció d'una instància per la qual se sol·licita la immatriculació, a favor del "Monte Vecinal en Mano Común Barrazoso-Fragavella", d'onze finques, de les quals s'aporta certificació cadastral descriptiva i gràfica. També s'aporten còpies compulsades de la documentació que acredita que aquestes finques formen part de la muntanya veïnal: resolució del Jurat Provincial classificant la muntanya, recurs de reposició en contra d'aquesta, i nova resolució estimatòria del recurs que exclou altres muntanyes de la qualificació.

La descripció de les finques és insuficient, ja que només indica les seves superfícies, i les seves dades de polígon i parcel·la registral.

Amb tot, es desestimen els altres dos defectes. En la documentació presentada consta la parròquia on estan situades les finques. Encara que els documents aportats són còpies compulsades, no se'ls pot negar autenticitat, ja que consten diligències amb segell oficial i la signatura del funcionari públic que certifica la correspondència amb l'original, i el Registrador no ha qüestionat la competència i les facultats del funcionari.

CANCEL·LACIÓ

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16314)

Denega la cancel·lació, que es pretén per caducitat, d'una condició resolutòria inscrita en garantia del compliment d'un contracte de renda vitalícia pel qual es van entregar uns béns a canvi de cuidar i assistir l'alimentat durant tota la seva vida (el recurrent al·lega que, en haver mort l'alimentat l'any 2007, l'acció va prescriure l'any 2012).

No resulta aplicable l'article 82-5è LH ni el 177 RH. És necessari el consentiment del titular registral o dels seus hereus o, en defecte seu, resolució judicial (article 82-1 LH).

La Direcció recapitula la seva doctrina:

—La cancel·lació per prescripció permesa per l'article 82-5è LH només es refereix a la cancel·lació d'hipoteques en garantia de qualsevol tipus d'obligació i de condicions resolutòries en garantia del preu ajornat de compravendes; i és una excepció de la regla general que exigeix el consentiment del titular registral per a la cancel·lació, per la qual cosa ha de ser objecte d'interpretació restrictiva.

—L'article 177 RH regula la cancel·lació d'assentaments que tinguin un termini de caducitat convingut per les parts per al seu exercici, cosa que regeix per drets de modificació jurídica (opció, retrovenda, retracte convencional...).

—Finalment, la Llei 13/2015 introdueix la nova redacció de l'article 210-8a LH, que té un àmbit més ampli: les inscripcions de garanties reals, quan al Registre no consti la data en la qual s'hagués de produir el pagament, es poden cancel·lar a instància de qualsevol interessat quan hagin transcorregut 20 anys des de la data de l'últim assentament on consti la reclamació de l'obligació o, en defecte seu, 40 anys des de l'últim assentament de titularitat de la garantia.

R. 15 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16470)

Es presenta sentència que resol un contracte de permuta, i s'ordena la reinscripció de la finca a favor dels titulars antics i la

cancel·lació dels assentaments posteriors motivats per l'escriptura de permuta.

S'admet la inscripció de la reinscripció, però es denega la dels embargaments vigents posteriors a la permuta perquè els seus titulars no han intervingut en el procediment. Encara que en el seu moment es va anotar preventivament la demanda que demanava la resolució, després va ser cancel·lada per caducitat.

CAUSA DELS CONTRACTES

R. 25 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11202)

Mitjançant sentència ferma es va declarar resolta l'escriptura per la qual una societat anònima havia venut una finca i se'n va ordenar la devolució als seus legítims propietaris, de manera que es va reinscriure novament en nom de la societat. Ara es presenta una escriptura atorgada pel conseller delegat actual de la societat i la seva anterior sòcia única, en la qual sol·liciten que la finca s'inscrigui a nom d'aquesta última, a títol gratuït sense que en cap cas constitueixi una donació, sinó únicament una restitució d'un dret adquirit indegudament per la societat titular actual, restablint d'aquesta manera l'ordre patrimonial imposat per la sentència. Els atorgants manifesten que, quan la sòcia anterior va vendre les seves accions als socis actuals, —abans de la sentència— la finca esmentada no formava part de l'actiu social.

La Direcció ho denega. El nostre sistema jurídic no permet que només per l'acord abstracte de voluntats, encara que es produeixi la tradició necessària, operi la transmissió de la propietat. Sempre és necessària la relació jurídica subjacent que constitueix la causa del contracte, i que constitueix la contraprestació pactada en els contractes onerosos o en la mera liberalitat en els gratuïts. El títol qualificat no és hàbil per inscriure a nom de la sòcia anterior, ja que no s'expressa adequadament la causa de la transmissió, que ni és donació (així es diu), ni s'acredita que sigui conseqüència d'una successió processal.

D'altra banda, el judici notarial de suficiència de facultats representatives del representant de la societat és genèric i no identifica de manera clara i precisa el negoci concret instrumentalitzat ("transmissió de finca per restitució patrimonial"), per la qual cosa no és congruent. Es limita a ressenyar el títol del seu nomenament i la inscripció del seu càrrec com a conseller delegat, però sense cap referència sobre si li van ser delegades o no totes o part de les facultats delegables, ni el caràcter essencial o no de l'actiu transmès.

CENSOS

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11314)

El domini útil de la finca situada a Catalunya consta inscrit a favor de l'Estat, i el domini directe a favor de determinats particulars per títol hereditari. Com que la finca resulta il·localitzable, el Servei de Patrimoni de l'Estat emet i presenta una certificació al Registre en la qual sol·licita la cancel·lació del cens, la qual és qualificada negativament per manca de consentiment dels titulars del domini directe. Ara presenta una segona certificació en la qual es limita a demanar la cancel·lació de la inscripció del domini útil a favor de l'Estat, al·legant que la impossibilitat de localitzar la finca és assimilable a la seva pèr-

dua, prevista com a causa d'extinció dels drets reals (articles 532-1 i 565-11 llibre cinquè CC Catalunya).

Tanmateix, la Direcció refusa novament la cancel·lació pretesa. És doctrina de la Direcció –en matèria de constància registral de la nul·litat d'un títol inscrit– que els assentaments posteriors que es basin en un altre, el títol del qual hagi estat declarat nul, no poden ser cancel·lats si en el procediment on es declara la nul·litat no han intervingut els titulars respectius. Per això es necessita la conformitat dels censualistes a la cancel·lació: i en el cas d'oposició, la controvèrsia s'ha de resoldre als tribunals, sens perjudici del possible exercici d'altres facultats d'autotutela administrativa (inclosa la potestat expropriadora).

COMUNITAT

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11312)

Denega la inscripció d'una escriptura en la qual els quatre copropietaris per parts iguals d'una finca en segregen una porció i l'adjudiquen per meitats indivises a dos dels quatre copropietaris, que se separen de la comunitat. És necessari fer constar la quota de cadascun dels dos copropietaris de la finca matriu, a l'efecte de l'article 54-1 RH.

No hi ha cap norma que permeti integrar el negoci mitjançant l'acreixement automàtic de les quotes en proporció exacta a la reducció dels nombre de copropietaris, sent lícit que, en virtut de l'autonomia de les parts, es puguin produir excessos o defectes d'adjudicació compensats en metàl·lic o mitjançant altres béns.

R. 2 novembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15939)

Admet la inscripció d'una extinció parcial de comunitat, en la qual els titulars de les diverses parts indivises d'una finca adquireixen la part indivisa d'un altre cotitular per parts iguals, i la contraprestació pactada per la transmissió és una quantitat de diners determinada.

Ultimament la Direcció matisa la seva doctrina tradicional que negava el caràcter de veritable extinció de comunitat l'extinció parcial, i la considerava una mera venda de quota. Ara atribueix el caràcter de veritable extinció de comunitat a tot acte que, encara que no produeixi la disminució dels seus membres sinó només l'alteració de les seves quotes, es pugui considerar, per la seva naturalesa, encaminat al cessament final de la situació de comunitat, encara que no aconsegueixi totalment aquest efecte. D'aquesta manera, serien exemples de dissolució els següents:

En una comunitat sobre diversos béns, se n'adjudiquen un o diversos a algun dels partícips, en pagament dels seus drets a la comunitat, la qual subsisteix amb els béns restants i partícips, mitjançant el reajustament de les seves quotes (cas similar al de l'article 80-1-c RH, respecte de la partició).

En una comunitat sobre diverses finques, es formen lots que s'adjudiquen a grups de partícips diferenciats, els quals adquireixen en comunitat dins de cada grup.

En una comunitat sobre un bé indivisible, aquest s'adjudica pro indivís a diversos d'aquests, els quals compensen en metàl·lic els no adjudicataris.

En una comunitat sobre un sol bé, els titulars d'algunes de les quotes –però no de totes– les adjudiquen a un o diversos d'aquests, els quals compensen en metàl·lic els altres.

En el cas resolt el negoci recau sobre un bé indivisible –material o econòmicament–, el nombre de copropietaris del qual es redueix mitjançant una compensació en metàl·lic. Es pot entendre que va encaminat a provocar l'extinció de la comunitat.

CONCURS I INSOLVÈNCIA

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10161)

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10162)

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VI-18: 10163)

En el foli d'una finca consta el concurs de la societat titular. També consta, per anotació preventiva derivada de la falta de fermesa de la sentència que la provoca, la conclusió del concurs, el cessament dels seus efectes sobre les facultats dispositives del deutor, el cessament de l'administració concursal i la cancel·lació dels assentaments derivats del concurs. La falta de fermesa ha estat provocada per la interposició de recurs d'apel·lació, l'admissió a tràmit del qual encara està pendent de la decisió del Jutjat Mercantil. Ara la Direcció admet la inscripció d'una escriptura, atorgada després de la sentència, per la qual la concursada ven la finca sense intervenció del jutge ni dels administradors concursals.

Des de la conclusió dels concurs cessen les limitacions sobre les facultats d'administració i de disposició del deutor (article 178-1 LC). El contingut del Registre no es pot convertir en una ficció que obligui a mantenir un règim dispositiu l'aplicació del qual sigui impossible: l'administració concursal ha cessat i el jutge no pot intervenir en un procediment que ha declarat conclòs. Si el negoci és vàlid i eficaç en el moment de la seva celebració, no pot bloquejar-ne l'accés al Registre per no haver-se cancel·lat l'anotació referida al concurs. Això no impedeix que continuï la constància registral del concurs fins que la sentència sigui ferma. D'aquesta manera, els tercers queden advertits de l'eventual restitució de l'estat concursal en el cas de revocació de la resolució que ha declarat la conclusió del concurs. Però les conseqüències que hagi de tenir aquesta restitució només les pot decidir el jutge, sense que la registradora pugui anticipar el contingut d'una hipotètica decisió judicial.

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11318)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca anterior a la declaració de concurs. Del manament de cancel·lació emès pel Jutjat de Primera Instància, en virtut de subhasta judicial en execució d'un pla de liquidació en procediment concursal, no consta, en relació amb l'entitat de crèdit creditora: que s'hagi presentat en el procediment; que se li hagi notificat que el pla de liquidació s'ha posat de manifest a l'oficina judicial; que se l'hagi informat sobre les mesures adoptades per a la satisfacció del seu crèdit privilegiat especial, i que se li hagi notificat el resultat de la subhasta perquè pugui exercir els drets que li corresponen com a creditora hipotecària.



R. 20 setembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13753)

Denega la inscripció d'una escriptura de cessió de crèdits hipotecaris realitzada per una societat declarada en concurs en fase de liquidació, representada pel seu administrador concursal. L'escriptura no conté cap referència al pla de liquidació, les previsions del qual s'han de complir (article 149 LC).

Ja en fase de recurs –sense que s'hagi pogut tenir en compte en la qualificació ni, per tant, es pugui considerar en la resolució del recurs– s'aporta el pla de liquidació, que havia estat aprovat judicialment amb anterioritat, en el qual es facultava l'administrador concursal per a la venda directa de la cartera de crèdits de la societat a qui resultés millor postor en un procés públic previ d'admissió d'ofertes. L'alienació dels altres béns, a manca de provisió en el pla i segons el que estableix l'article 149-2 LC, s'ha de realitzar pel procediment de constrenyiment regulat a la LEC, el qual el Registrador entén aplicable a la venda qualificada, argumentant que la hipoteca sobre un immoble també és un immoble (article 334-10 Cc). Però d'una interpretació sistemàtica de les clàusules del pla i favorable a la seva eficàcia (articles 1284 i 1285 Cc), resulta la provisió en aquest d'un procediment especial de venda directa per realitzar el valor dels crèdits de la societat. Tenint en compte l'accessorietat de la hipoteca, aquesta no és un valor patrimonial diferent del crèdit garantit, que té una naturalesa mòble, de manera que la transmissió de la hipoteca és un simple efecte annex o col·lateral de la transmissió del crèdit.

L'altre defecte de la qualificació es desestima. El preu de venda dels crèdits és una quantitat alçada fixa, més un percentatge determinat de la quantitat que en el futur es cobri efectivament, de manera que és un preu cert als efectes de l'article 1445 Cc, tot i que no és determinat, però sí determinable objectivament sense necessitat d'un nou conveni entre les parts (article 1273 i 1447 Cc).

R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15640)

Admet la inscripció d'una escriptura de dació en pagament realitzada pel deutor persona física a la instància de la qual consta nomenat i inscrit un mediador concursal, a favor de l'entitat de crèdit creditora hipotecària, la qual sol·licita la cancel·lació de la hipoteca per confusió. En l'escriptura compareix el mediador concursal, el qual manifesta que la part deutora no ha aconseguit un acord extrajudicial amb els creditors i que la finca objecte de dació no és necessària per al desenvolupament de l'activitat professional de la deutora, ni constitueix el seu domicili habitual.

La Llei 14/2013 (emprenedors) introdueix un procediment de negociació extrajudicial de deutes l'objecte del qual es permetre als deutors en estat d'insolvència aconseguir un acord amb els seus creditors que impedeixi la declaració de concurs. La substanciació d'aquest procediment no impedeix el deutor continuar la seva activitat laboral, empresarial o professional. El deutor serà declarat en concurs si no s'aconsegueix l'acord amb els creditors, o si –tot i que s'hagi aconseguit l'acord– el deutor continua en estat d'insolvència, un cop transcorregut el termini de tres mesos previst a l'article 5 bis LC. Un cop sol·licitada l'obertura de l'expedient, el deutor podrà continuar la seva activitat, tot i que s'abstindrà de realitzar qualsevol acte d'administració i de disposició que excedeixi del gir o tràfic propi de la seva activitat (article 235-1 LC). Però aquest efecte no significa que el deutor quedi privat de les seves facultats de disposició. Si no

hi ha declaració de concurs, no regeixen els efectes limitatius de la capacitat del deutor de l'article 40 LC.

R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15641)

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16319)

Denega la pràctica en el Registre de la Propietat de l'anotació preventiva d'inici del procediment notarial de designació de mediador concursal per aconseguir un acord extrajudicial de pagaments (article 233-3 LC). El títol presentat és una comunicació en la R. de 8 de novembre de 2018 i una certificació en la R. de 22 d'octubre de 2018, en ambdós casos emesa pel Notari; però la Direcció entén que el títol formal exigint és una còpia autoritzada de l'acta notarial de designació d'expert.

En efecte, l'article ressenyat regula el títol hàbil per a aquesta anotació, dient que pel Notari, registrador mercantil o Cambra oficial "se comunicará" el tancament de l'expedient al jutjat "igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidos a los registros públicos de bienes competentes". Però la finalitat d'aquesta norma no és alterar el sistema documental propi de la funció notarial, de manera que s'ha d'interpretar en el sentit d'exigir certificació en el cas de tramitació per registradors mercantils, cambres oficials, i còpia autoritzada en el cas d'acta notarial.

R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15645)

El pla de liquidació d'una societat anònima concursada estableix una primera fase de venda directa dels béns –sense necessitat d'autorització judicial, sempre que l'oferta de compra assoleixi el 50% del valor estimat–, i una segona fase de subhasta judicial o notarial en el supòsit de no realitzar-se la venda directa en el termini de 3 mesos. Ara la Direcció admet la inscripció de la venda directa d'un bé per part de l'administració concursal, per una quantitat superior al que seria el preu inicial de la subhasta. A més, consta una diligència judicial de la qual resulta que cap dels creditors personats va fer al·legacions contra l'oferta. Concorre tant la conformitat implícita dels creditors com la conformitat de la jutja sobre el sistema seguit per a l'alienació.

R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15770)

Suspèn la inscripció d'una escriptura pública de compravenda perquè, un cop consultat d'ofici el contingut del Registre Públic concursal pel registrador, resulta que el venedor es troba en situació de concurs voluntari, declarada en acta, de tres mesos abans de la venda i, en conseqüència, tenia les seves facultats d'administració i de disposició intervingudes per l'administració concursal.

El règim d'intervenció o de suspensió de les facultats del concursat no neix amb la inscripció o anotació de la interlocutòria de declaració del concurs, sinó que és eficaç des de la seva data.

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16318)

Consta inscrita la cessió gratuïta de dues fiques de patrimoni municipal del sòl per part d'un ajuntament a favor d'una societat mercantil, i en la inscripció consta que la destinació de la cessió és la construcció d'habitatges de protecció oficial i que, en el cas d'incompliment d'aquesta destinació, les finques revertiran a l'ens cedent.

Ara se suspèn la inscripció de la certificació administrativa acreditativa d'haver-se produït aquesta reversió, perquè consta anotada la declaració prèvia de concurs de la societat cessionària. Per accedir a la inscripció sol·licitada es requereix: o bé que el jutge del concurs declari que les finques no són necessàries per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del concursat; o bé que s'acrediti l'obertura de la fase de liquidació del concurs, la qual produeix la dissolució de ple dret de la societat (article 371-1 LSC) i fa innecessària qualsevol declaració del jutge del concurs sobre si els béns estan afectes a l'activitat del concursat i si són necessaris o no per a la seva continuïtat.

CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

R. 10 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15115)

Ó d'una sentència que declara la resolució d'una venda per incompliment de la condició resolutòria expressa de pagament del preu aplaçat. No s'acredita la consignació per part del venedor demandant de les quantitats que ha de restituir al comprador demandat. Tampoc no consta que hagi estat citat al procediment el titular de l'anotació d'embargament anotada posteriorment a la condició resolutòria, la cancel·lació de la qual també s'ordena.

És doctrina consolidada que, per a obtenir la reinscripció a favor del transmissor com a conseqüència de l'exercici de la condició resolutòria explícita (article 1504 Cc), s'ha d'aportar el document que acrediti la consignació de l'import que hagi de ser retornat a l'adquirent o que correspongui per subrogació real als titulars de drets extingits (article 175-6 RH), tenint en compte que la possible clàusula penal estipulada en el cas de resolució no es pot deduir de la quantitat a consignar, puix que podria ser objecte de correcció judicial (article 1154 Cc).

R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15763)

Denega la cancel·lació d'una condició resolutòria pactada en una escriptura de compravenda en garantia d'una obligació de fer (concloure obres de construcció en el termini de 8 anys) i de no fer (prohibició de disposar *inter vivos* fins que la construcció estigui acabada). La cancel·lació s'insta en virtut dels articles 82-5 LH i 177 RH.

És doctrina consolidada que la cancel·lació per prescripció permesa per l'article 82-5 LH només es refereix a la cancel·lació d'hipoteques en garantia de qualsevol tipus d'obligació i de condicions resolutòries en garantia del preu aplaçat de compravendes; i té caràcter d'excepció a la regla general que exigeix el consentiment del titular registral per a la cancel·lació, per la qual cosa ha de ser objecte d'interpretació restrictiva. D'altra banda, l'article 177 RH regula la cancel·lació d'assentaments que tinguin un termini de caducitat convingut per les parts per al seu exercici, la qual cosa regeix per a drets de modificació jurídica (opció, retrovenda, retracte convencional...).

Per tant, ni l'article 82-5 LH, ni l'article 177 RH són aplicables a les condicions resolutòries en garantia d'obligacions diferents del pagament del preu. Al supòsit qualificat sí que resultaria aplicable, si és el cas, l'article 210-8a LH, que té un àmbit més ampli: les inscripcions de garanties reals, quan no consti al Registre la data en què s'hauria d'haver produït el pagament, es poden cancel·lar a instància de qualsevol interessat quan hagin passat 20 anys des de la data de

l'últim assentament en què consti la reclamació de l'obligació, o a manca d'aquest, 40 anys des de l'últim assentament de titularitat de la garantia. Tot això, sens perjudici de poder acudir als expedients d'alliberament de càrregues dels apartats anteriors de l'article 210.

DESCRIPCIÓ I GEOREFERENCIACIÓ DE FINQUES

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10169)

Admet la inscripció d'un excés de cabuda de dues finques i de la representació gràfica de la resultant de la seva agrupació, malgrat els dubtes manifestats per la registradora sobre la possible invasió d'un camí municipal. Es van practicar les notificacions establertes en l'article 199 LH. L'ajuntament –confrontant segons la registradora no va formular cap al·legació o oposició. Una altra confrontant va al·legar la possible invasió del camí públic. Consta l'existència d'una sentència que declara la propietat del camí a favor del titular registral de la finca de l'expedient, cosa que exclou qualsevol dubte sobre la possible invasió del domini públic.

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10170)

Denega la inscripció d'una representació gràfica cadastral, i estima que els dubtes del Registrador sobre la seva correspondència amb la finca inscrita estan justificats, ja que aquesta referència cadastral anteriorment ja constava assignada a una altra finca registral confrontant i, a més, cal tenir en compte l'oposició expressa del seu titular.

Sens dubte, la constància de la referència cadastral no és equiparable i té uns efectes molt més limitats que la coordinació gràfica de l'article 10 LH. No obstant això, la referència cadastral és el codi alfanumèric identificador que permet situar l'immoble a la cartografia del Cadastre inequívocament. Per això, com que una referència cadastral ja consta assignada a una finca immatriculada, no és admissible –per aplicació dels principis hipotecaris de prioritat i de tracte successiu– pretendre atribuir-la a una altra finca i encara menys la inscripció de la representació gràfica. Es pot acudir al procediment de delimitació i fitació de l'article 200 LH i al procediment declaratiu corresponent.

R. 10 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10447)

Denega la constància al Registre de les referències cadastrals que, segons manifesta l'interessat, corresponen a una determinada finca registral. Tot i que la diferència entre la superfície cadastral i la inscrita no excedeix el 10%, hi ha dubtes sobre la identitat de la finca que deriven d'altres dades descriptives. Les referències cadastrals la constància de les quals es pretén corresponen a parcel·les cadastrals no confrontants perquè estan separades per camins públics, cosa que donaria lloc a una finca discontinua, sense que aquesta circumstància resulti del títol ni del Registre. Tampoc no hi ha correspondència en els límits.

Segons l'article 45 Llei de cadastre immobiliari, s'entén que una referència cadastral es correspon amb la identitat d'una finca en els casos següents: sempre que les dades de situació, denominació i superfície coincideixin amb els del titular i, si és el cas, amb els del Registre; quan hi hagin diferències de superfícies no superiors al 10%, però sempre que, a més, no hi hagi dubtes sobre la identitat de la



finca que derivin d'altres dades descriptives, que és el que precisament passa en el cas resolt.

R. 16 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11297)

Admet la inscripció d'una representació gràfica que és alternativa a la cadastral perquè el titular de la descripció del Cadastre manifesta que no es correspon amb la realitat física de la seva finca. La Direcció rebutja els dos defectes de qualificació.

En primer lloc, l'únic obstacle que posa el registrador per a inscriure l'excés de cabuda considerable que es declara és que la finca procedeix d'una segregació, la qual cosa no impedeix per si mateixa una rectificació descriptiva posterior que no impliqui una nova reordenació de terrenys diferent de la que resulta de la modificació hipotecària per la qual al seu moment es va concedir una llicència de segregació.

En segon lloc, el registrador manifesta dubtes sobre una possible invasió del domini públic que es basen en el fet que la titularitat d'una de les parcel·les cadastrals que s'afirma que es correspon amb la finca registral es troba "en investigació" de conformitat amb l'article 47 Llei 33/2003, per la qual cosa, això no obstant, no determina per si mateix el caràcter demanial si no està corroborat per altres indicis o principis de prova. Aquests dubtes no han estat confirmats amb un pronunciament de l'Administració afectada, per la qual cosa el que seria procedent seria la tramitació del procediment de l'article 199 LH que, en el supòsit del seu apartat 2 (aportació de representació alternativa a la cadastral), té com a particularitat també l'obligació de notificar els titulars cadastrals confrontants afectats.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11306)

Denega la inscripció de la representació gràfica alternativa d'una finca, amb la rectificació consegüent de la seva descripció, en entendre que els dubtes del registrador sobre la correspondència entre la representació gràfica i la finca inscrita estan fonamentats i es van manifestar abans d'iniciar el procediment de l'article 199 LH.

Segons el Registre es tracta d'una finca contínua, que limita a l'est amb una persona determinada. A la representació que es pretén inscriure, el límit de l'est és fix (un rierol), la finca és discontinua (el rierol delimita tres porcions), canvien els altres límits i hi ha un excés de cabuda considerable. Els dubtes sobre l'encobriment de negocis translatius no formalitzats ni inscrits estan fonamentats.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11307)

Denega la inscripció de la representació gràfica cadastral, un cop tramitat el procediment de l'article 199 LH, perquè entén que els dubtes de la registradora sobre la coincidència –si es vol parcial– de la representació qualificada amb la d'una altra finca immatriculada estan fonamentats.

No és acceptable l'al·legació del recurrent que el titular suposadament perjudicat no ha formulat oposició i per això consent la inscripció de la representació gràfica. La notificació al perjudicat no s'ha realitzat en el marc del procediment de l'article 199 LH, sinó en el procediment de doble immatriculació iniciat d'ofici per la registradora (article 209 LH). Per tant, caldrà atènyer-se al que es resolgui en aquest expedient, tot i que el mateix recurrent ha manifestat la

seva oposició a la tramitació del cas. Tot això sens perjudici d'acudir al procediment de delimitació i fitació de l'article 200 LH.

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11317)

Tot i haver sol·licitat la inscripció de la representació cadastral d'una finca en l'escriptura –amb la consegüent rectificació descriptiva sobre el paratge, superfície i límits–, i tot i que la registradora va denegar la iniciació del procediment de l'article 199 LH perquè va apreciar dubtes d'identitat entre la porció georeferenciada i la finca registral, la Direcció entén que el que seria procedent seria iniciar el procediment esmentat, el qual no només és procedent quan les descripcions literària gràfica coincideixen, sinó també quan la primera ha de ser rectificada per adaptar-se a la segona.

L'existència de diferències descriptives lleus entre la descripció cadastral i la que resulta de l'informe tècnic que s'acompanya tampoc no és un obstacle: hi ha una coincidència evident entre ambdues; la coincidència descriptiva total només s'exigeix en els casos d'immatriculació.

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11322)

Denega la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, un cop iniciat el procediment de l'article 199 LH, ja que considera que els dubtes del registrador estan fonamentats perquè es produeix l'oposició de confrontants que aporten informes tècnics dels quals resulta que la delimitació gràfica que es pretén inscriure no és pacífica i pot afectar els drets de tercers. Es pot acudir al procediment de delimitació i fitació de l'article 200 LH, sens perjudici d'acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

R. 2 agost 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12724)

Suspèn la inscripció d'una interlocutòria judicial dictada en un expedient de domini per acreditar un excés de cabuda superior al 10%, que s'ha tramitat per les normes anteriors a la Llei 13/2015. En sol·licitar la certificació registral inicial no es va especificar que la finalitat de la certificació era iniciar aquest procediment, de manera que el registrador no hi va fer constar altres confrontants registrals resultants dels arxius del Registre, ni dubtes d'identitat. Tanmateix, ara la inscripció es denega perquè hi ha dubtes raonables sobre la identitat de la finca i perquè no s'aporta una certificació cadastral coincident amb la finca ni una base gràfica alternativa d'aquesta.

R. 27 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14160)

Té per objecte la qualificació d'una sentència declarativa, dictada en un procediment iniciat l'any 2008, per la qual es modifica la descripció de les dues finques, una de les quals es descriu amb un defecte de cabuda superior al 10% de la superfície inscrita.

No hi ha cap problema per admetre altres procediments diferents dels establerts a la legislació hipotecària a aquests efectes i, singularment, el procediment judicial declaratiu (al qual al·ludeix expressament l'article 204 LH actual), i és necessari que es compleixin els requisits exigits per a la protecció dels titulars confrontants. És doctrina consolidada que els dubtes del registrador sobre la identitat de la finca impedeixen la inscripció de la diferència de cabuda documentada en escriptura pública o certificació administrativa, però no en els expedients de domini, on aquest judici, i en general la valoració de la prova, corresponen exclusivament al Jutge.

Tampoc no és un obstacle el fet que la referència cadastral d'una de les finques difereixi en una lletra entre la seva expressió en els fonaments de la sentència i la seva constància en la part dispositiva; perquè el registrador pot obtenir dades dels organismes oficials als quals pot accedir directament, per aconseguir més encert en la qualificació i alliberar els interessats d'aquest tràmit.

No obstant això, la inscripció és denegada perquè, dictada la sentència en rebel·lia, de la documentació aportada no es desprèn si han transcorregut els terminis previstos a l'article 501 LEC per a l'exercici de l'acció de rescissió del rebel.

R. 27 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14161)

Admet la inscripció d'una segregació de la qual s'aporta una representació gràfica alternativa a la cadastral. Un cop tramitat el procediment de l'article 199 LH, el registrador suspèn la inscripció perquè es produeix l'oposició de propietaris confrontants.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre el procediment de l'article 199 LH. Els dubtes del registrador, que han de ser motivats i basar-se en criteris objectius i raonables, s'han de referir al fet que la representació gràfica coincideix totalment o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques confrontants immatriculades o a l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. En el supòsit que, per no correspondre la realitat física amb el cadastre, s'aporti una representació gràfica georeferenciada alternativa (article 9-b LH), juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, els titulars cadastrals confrontants afectats han de ser notificats i, sobre la base de les al·legacions efectuades, correspondrà al registrador decidir motivadament segons el seu criteri, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

En el cas resolt, de les al·legacions dels confrontants opositors no es manifesta una contradicció amb la representació gràfica que es pretén inscriure (les al·legacions es refereixen a l'existència d'una obra nova sobre una de les finques confrontants i a la descripció incorrecta d'una servitud sobre una altra). No és raonable entendre que la mera oposició que no estigui degudament fonamentada, aportant una prova escrita del dret de qui la formula, pugui conduir el procediment a la jurisdicció contenciosa, desvirtuant la mateixa essència d'aquest expedient de jurisdicció voluntària.

R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15639)

Denega la inscripció d'una rectificació de descripció d'una finca sol·licitada en acta notarial de manifestacions atorgada únicament pel titular registral per canviar la constància d'un límit personal per la d'un pati comú de la mateixa finca i la seva confrontant.

Sens perjudici dels mitjans hàbils generals per a obtenir la inscripció registral de rectificacions descriptives (article 199, 201 i 203 LH), la R. de 26 d'abril de 2017 va considerar que era possible la rectificació d'un límit sense acudir a aquest tipus de procediments quan resulti fefaentment acreditada mitjançant certificació cadastral, però sempre que no impliqui la delimitació física de la totalitat de la finca, ni n'alteri la seva superfície, ni resulti contradita per altres titularitats o representacions gràfiques inscrites, i sense que hi hagi dubtes d'identitat. En canvi, en aquest cas la pretensió del recurrent no és aconseguir la delimitació correcta de la seva finca, sinó fixar la

titularitat comunal d'un pati confrontant. Els dubtes del registrador deriven de la seva manca de correspondència amb la cartografia cadastral. En definitiva, hi ha un conflicte sobre la titularitat del pati. S'havia de tramitar un procediment de rectificació en el qual els confrontants tinguin la intervenció oportuna. És doctrina consolidada que la notificació als confrontants constitueix un tràmit essencial en els procediments de rectificació descriptiva.

R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15768)

Admet la inscripció d'una escriptura d'obra nova en construcció, desestimant els dubtes del registrador sobre la coincidència de la finca inscrita amb la ressenya de la llicència d'obres. Efectivament, la finca consta inscrita situada en un carrer determinat sense número, mentre que la llicència la situa en el número 24 del mateix carrer.

Certament les llicències han de contenir una descripció suficient de la finca perquè no hi hagi dubtes sobre la finca a la qual es refereixen. No obstant això, en aquest cas no hi ha pròpiament una discrepància, sinó que a l'assentament principal no consta aquesta dada.

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16315)

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16316)

Rebutgen el recurs interposat contra l'expedició de la certificació registral sol·licitada a l'inici del procediment notarial de l'article 201 LH, en la qual la registradora expressa els seus dubtes en el sentit que l'alteració descriptiva pretesa no és una mera rectificació, sinó que encobreix un negoci translatiu encobert, atès que la diferència de superfície entre la cabuda inscrita i la que es pretén fer constar és més del triple, així com la modificació de determinats límits personals (i també fixats en la resolució número 16316). Correspon al Notari, sobre la base dels dubtes manifestats, decidir si continua la tramitació del procediment per a dissipar-los practicant les diligències oportunes, o si el dona per acabat perquè considera que continuar-lo és estèril i suposa costos i tràmits innecessaris, que és el que passa en aquest cas (tercera regla de l'article 203-1 LH). La Direcció considera que els dubtes de la registradora estan justificats i rebutja el recurs.

R. 18 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16473)

És procedent la iniciació del procediment de rectificació descriptiva de l'article 199 LH, malgrat que l'ortografia de la parcel·la mostra un camí dins el seu perímetre que la recurrent considera privat. Els mers indicis o sospites d'invasió del domini públic, però sense la ratificació en un procediment administratiu, no impedeixen la iniciació del procediment, dins el qual i sobre la base de la intervenció de l'Administració afectada, el registrador pot qualificar si efectivament es produeix o no aquesta invasió.

R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16477)

Denega la constància de les referències cadastrals que el representant de la titular registral afirma que corresponen a dues finques registrals, també al·legant que aquestes diferències ja constaven en el títol de la seva representada, tot i que el registrador no les va inscriure al seu dia, perquè va cometre un error de concepte en practicar la inscripció.

La Direcció considera que els dubtes de la registradora actual estan fonamentats sobre el fet que totes les referències cadastrals la constància de les quals es pretén corresponen realment a les fin-



ques inscrites: en uns casos s'afecten vies de comunicació de domini públic; altres parcel·les consten cadastrades a favor de persones diferents; finalment, respecte de la pretensió de fer constar al Registre dues de les referències cadastrals, en tramitar-se el procediment de l'article 199 LH, s'ha formulat oposició per parts dels titulars d'una altra finca registral que es consideren afectats.

En relació amb la pretensió del recurrent que s'esmeni l'error de concepte del registrador que al seu moment va inscriure el títol, com que no es van inscriure les referències cadastrals que hi constaven, no concorren ni el consentiment de la registradora actual, ni resolució judicial (article 217 LH). A més, segons la Direcció, la no-inscripció d'alguna de les referències cadastrals que constaven al títol no es deu a inexactitud ni error, sinó que va ser el resultat de la qualificació registral, la qual va considerar que només alguna de les referències cadastrals aportades es corresponien a les finques objecte del títol.

R. 21 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16982)

Denega la constància de la referència cadastral d'una finca inscrita perquè consta el mateix número de parcel·la i de polígon en una inscripció d'una altra finca registral. És necessari el consentiment del titular registral d'aquesta altra finca, o resolució judicial dictada en un procediment on hagi estat part.

Així ho imposava l'article 53 Llei 13/1996, que certament ha estat derogat, però no perquè s'hagi produït un canvi legal de criteri en aquest sentit, sinó perquè la Llei 13/2015 hi aprofundeix encara més. El que disposa en el precepte derogat deriva directament dels principis hipotecaris de prioritat i de tracte successiu.

R. 27 novembre 2018 (BOE 308, 22-XII-18: 17633)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació i posterior agregació del que s'ha segregat a una altra finca, i de la seva representació gràfica alternativa a la cadastral. De la tramitació de l'expedient de l'article 199 LH resulta l'oposició de dos confrontants; i la possible invasió d'un camí demanial.

Respecte a l'oposició d'un dels confrontants, les meres diferències de cabuda respecte de la cartografia cadastral no poden servir de base –sense altres elements probatoris– per a la denegació de la representació gràfica alternativa pretesa. Ara bé, hi ha circumstàncies que justifiquen els dubtes de la registradora: les finques procedeixen d'un procediment de concentració parcel·l·lària, la perimetria de les quals es va alterar respecte de la que resulta del pla de concentració. Els dubtes de la registradora també es consideren raonables en relació amb l'oposició d'un altre propietari confrontant, que es basa en un informe tècnic del qual resulta que la línia de delimitació de les dues propietats no és pacífica, identificant el parell de coordenades afectades.

En canvi, en relació amb la possible invasió del domini públic, no es tenen en consideració els dubtes de la registradora perquè en l'informe han estat notificades les Administracions local i autonòmica, sense que hagin utilitzat la seva possibilitat d'intervenir en el procediment o formular al·legacions i, en haver-se concedit expressament llicència de segregació i agrupació simultània recollint les noves superfícies consignades en el títol. A l'últim, en relació amb l'exigència de la registradora que totes les al·legacions vagin acompanyades d'una representació gràfica

que les fonamenti, encara que sigui una mica convenient, no es pot entendre com un element obligatori, ja que cap norma ho imposa de forma expressa.

R. 5 desembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18125)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral que se sol·licita mitjançant l'expedient de l'article 199 LH, perquè considera que els dubtes de la Registradora sobre la falta de correspondència entre la descripció inscrita i la que es pretén inscriure estan fonamentats. Els dubtes es basen en les circumstàncies següents: la superfície de la base gràfica és el triple de la inscrita; la finca procedeix d'una desafecció parcial d'una Cañada Real i després consta en l'històric de la finca que s'han practicat tres segregacions, cosa que comporta la realització de mediacions exactes; mentre que, segons el Registre, la finca limita a l'est amb aquesta Cañada i segons el Cadastre limita amb dues cases.

En virtut dels dubtes expressats, sembla possible l'existència d'operacions de modificació d'entitats hipotecàries i negocis translatius que no han accedit al Registre.

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

R. 27 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9619)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació d'una finca rústica de secà, que crea una porció d'1,6 hectàrees, mentre que la unitat mínima de cultiu (fixada per Decret, de 9 de novembre de 1999, de la Comunitat Valenciana) és de 2,5 hectàrees de secà i de 0,5 de regadiu. La finca matriu és discontinua i està formada per sis porcions, una de les quals es correspon exactament amb la finca segregada. S'incorpora llicència municipal de segregació. De conformitat amb l'article 80 RD 1093/1997, la registradora va comunicar l'operació a la comunitat autònoma, la qual ha contestat requerint documentació acreditativa dels drets i infraestructures de reg de la finca.

En data de la qualificació negativa encara no havia transcorregut el termini de 4 mesos establert per l'article 80. La llicència municipal té objecte urbanístic: prevenir el perill de formació de nous nuclis de població disconformes amb la legislació i el planejament; però l'Administració local manca de competència agrària, la qual pertany a la comunitat autònoma.

De l'article 80 resulten tres hipòtesis possibles després de la notificació del registrador: si l'Administració agrària declara la nul·litat de la divisió o segregació, el registrador ha de denegar la inscripció; si l'Administració aprecia alguna de les excepcions de l'article 25 de la Llei 19/1995, el registrador ha de practicar els assentaments sol·licitats; i també ha d'inscriure si transcorren 4 mesos des de la remissió de la documentació pel registrador. No obstant això, la Direcció matisa l'última hipòtesi: el mer transcurs dels 4 mesos no aboca a cap conclusió, favorable ni desfavorable, i del context s'ha d'entendre que la norma s'ha de llegir en el sentit de transcórrer 4 mesos des de la comunicació sense emetre contestació, la qual pot contenir una resolució expressa –positiva o negativa– o qualsevol altra que desvirtui la presumpció favorable a l'existència d'una excepció a la prohibició legal de crear porcions inferiors a la unitat mínima de cultiu.

R. 28 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17471)

Admet la inscripció d'una escriptura de segregació en la qual prèviament s'augmenta la superfície de la finca matriu més d'un 20% de la cabuda inscrita, sobre la base d'una certificació cadastral descriptiva i gràfica i, a més, s'acompanya amb un informe de validació gràfica cadastral de la resta de la finca i la segregada.

Com que la modificació pretesa supera el 10% de la cabuda inscrita, per aconseguir la seva inscripció qualsevol dels procediments dels articles 199 i 201 LH són un mitjà hàbil. D'altra banda, l'aportació de l'informe de validació cadastral és suficient per aconseguir la inscripció de la representació gràfica alternativa sol·licitada, ja que a través del codi segur de verificació corresponent, a través de la Seu Electrònica del Cadastre, es pot obtenir l'arxiu en format GML, l'aportació del qual és exigida pel registrador.

DOCUMENT ELECTRÒNIC

R. 26 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9616)

R. 26 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9617)

R. 26 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9618)

Admet la pràctica de l'assentament de presentació d'un manament de pròrroga d'embargament a favor de la Diputació de València presentat telemàticament per l'entitat embargant. El registrador l'havia denegat perquè el document no estava signat ni tenia codi de verificació.

Els documents electrònics administratius, per a ser considerats vàlids, han d'incorporar les signatures electròniques que corresponen segons la normativa aplicable (article 26-2-2 Llei 39/2015 PAC-AAPP). L'article 21 RD 1671/2009 estableix que els sistemes de signatura electrònica que el personal al servei de l'Administració de l'Estat i els seus organismes vinculats o dependents han d'utilitzar són els que es determinin en cada cas, entre els següents: segell electrònic (que també es basa en un certificat electrònic); codi segur de verificació: identificació del treballador públic (DNI electrònic, signatura electrònica proporcionada per l'Administració). Concretament hi ha un conveni de col·laboració entre la Diputació de València i el Col·legi de Registradors, la disposició cinquena del qual permet la presentació de documents expedits per la Diputació per mitjans electrònics amb signatura reconeguda.

El document presentat telemàticament objecte de qualificació té signatura electrònica; i entre les dades incorporades en XML hi ha les del presentant, les de l'ordenant i del funcionari que actua en representació de l'ordenant.

DOCUMENTS JUDICIALS

R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14545)

Denega la inscripció d'un manament judicial dictat en un procediment d'execució forçosa seguit per l'incompliment de la condició resolutòria que gravava l'adjudicació d'una finca a l'espòs en el conveni regulador de divorci aprovat judicialment. De conformitat amb el que es va pactar en el conveni, davant l'impagament de la quantitat apleçada que havia de pagar l'adjudicatari, el manament

ordena la reinscripció a favor de l'exesposa, tenint per formulada la declaració de voluntat d'aquell.

Segons l'article 517 LEC, malgrat que el conveni regulador aprovat judicialment té caràcter de títol executiu (en el sentit que se'n pot demanar l'execució forçosa), no és un dels títols judicials que comporten execució, els quals només són les sentències de condemna fermes i les resolucions que homologuen transaccions i acords assolits en procés declaratiu. Per tant, per a la seva execució és necessària una sentència constitutiva prèvia –la qual sí que podria ser objecte d'inscripció– que declari incomplertes les obligacions de l'adjudicatari i, per tant, complerta la condició resolutòria pactada; sense que aquest procediment contradictori pugui ser substituït per un procés d'execució de títols judicials que declara emesa una declaració de voluntat.

R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15764)

Suspèn la inscripció d'una sentència d'adjudicació en divisió d'herència per diversos defectes. Com que consta inscrita la finca a favor dels pares de la causant, per a la seva societat conjugal, és necessària la liquidació prèvia de la seva societat de guanys i les particions de les seves herències. És necessari adjuntar el certificat d'últimes voluntats del pare de la causant, acreditatiu del seu últim o únic testament (articles 76 i següents RH). A la sentència s'ha de concretar quina part de la finca s'adjudica en ple domini, quina en nua propietat i la que sigui en usufruct vitalici: no consten les circumstàncies personals del NIF, domicili i estat civil dels adjudicataris (article 51-9 LH).

R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15826)

Denega la inscripció d'una sentència dictada en un procediment ordinari, per la qual es declara que un ajuntament és l'únic propietari de dues finques registrals. Les finques estan inscrites a nom de persones diferents dels demandats, sense que consti que aquests siguin hereus dels titulars, de manera que la inscripció infringiria les exigències dels principis de legitimació i de tracte successiu. D'altra banda, el títol es limita a declarar el domini, però, a més, s'ha de concretar quin és el títol d'adquisició del dret, que tindrà una protecció diferent segons hagi estat adquirit a títol oneros o gratuït.

R. 28 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17470)

Denega la inscripció d'una sentència dictada en un judici declaratiu, que declara l'adquisició d'unes quotes de finques mitjançant prescripció per part dels demandants. Com que s'ha dictat la sentència en rebel·lia, no s'acredita el transcurs dels terminis previstos en l'article 502 LEC per exercir l'acció de rescissió de la sentència, que es compten des de la notificació de la sentència: vint dies si la sentència es va notificar personalment; quatre mesos, si la notificació no va ser personal; setze mesos en el cas de subsistència d'una causa de força major. El decurs d'aquests terminis de caducitat ha de constar en el mateix document judicial o en un altre que el complementi.

D'altra banda, la Direcció reconeix que es pot obtenir la immatriculació de finques mitjançant judici declaratiu ordinari, sense necessitat d'acudir als procediments immatriculadors específics de la Llei hipotecària, però sempre que hagin estat demandats tots els qui hagin d'intervenir en l'expedient i que s'hagin observat totes les altres garanties de l'article 203 LH, cosa que no consta en l'expedient.



DOCUMENT PRIVAT I ELEVACIÓ A PÚBLIC

R. 19 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16979)

Denega la inscripció d'una escriptura que s'autotitula "elevació a públic de contracte privat de compravenda", en la qual la societat titular registral d'una finca i el que es diu que n'és titular actual, sol·liciten la inscripció a nom d'aquest últim, reconeixent l'existència d'un conjunt de transmissions intermèdies (venda en document privat; i, després, diversos títols successius atorgats als Països Baixos, davant una autoritat notarial o judicial neerlandesa: cessió de la posició contractual; conveni regulador de divorci; cessió de la posició contractual a nom del titular actual), els quals no s'adjunten ni s'incorporen a l'escriptura.

Com que no s'aporten els títol intermedis, no és possible qualificar el consentiment, la capacitat i la legitimació dels cedents, l'existència i la legitimació de la causa, o l'observança de les formes exigibles. L'elevació a públic de contractes bilaterals o plurilaterals exigeix la concurrència de tots els qui en van ser parts o els seus hereus.

A la mateixa escriptura hi ha discrepàncies en relació amb el preu de venda, sense que s'aporti testimoni del justificant de la transferència ni s'aportin totes les dades legalment exigibles per a la identificació dels mitjans de pagament (particularment, no consta l'entitat bancària receptora).

Finalment, el títol qualificat és rectificat i esmenat mitjançant una nova escriptura, en la qual el Notari autoritzant es limita a afirmar que els compareixents intervenen en els mateixos conceptes que ho feien en l'escriptura rectificada. És necessari emetre un judici exprés de suficiència de facultats representatives o, com a mínim, dir que en l'escriptura complementària s'acredita la representació expressada de la mateixa forma en l'escriptura complementada.

EMBARGAMENT I CONSTRENYIMENT

R. 10 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15116)

Suspèn la inscripció d'una certificació d'adjudicació directa de finques expedida en un procediment de constrenyiment per deutes de la Seguretat Social. Hi ha una hipoteca inscrita després de l'anotació preventiva d'embargament, tot i que abans de l'anotació de la seva conversió en definitiva. El valor de la taxació hipotecària de les finques és de 161.000 €; la càrrega hipotecària augmenta a 130.000 €, i el preu d'adquisició ha estat de 8.000 €.

L'article 123 bis apartat 4 del Reglament General de Recaptació de la Seguretat Social estableix que l'adjudicació directa de béns immobles s'ha de fer, com a mínim, pel 25% del valor de taxació a efectes de la hipoteca i es pot descomptar d'aquest a aquest efecte l'import de les càrregues o gravàmens preferents anteriors al dret anotat de la Seguretat Social (article 111-4). El preu d'adquisició de 8.000 € compliria el límit del 25% esmentat si entenguéssim que la hipoteca és preferent a l'embargament. En canvi, encara que l'anotació de conversió en definitiva de l'anotació preventiva d'embargament és posterior a la hipoteca, els efectes de la conversió es retrotrauen a la data de l'anotació inicial, de manera que la hipoteca del supòsit és una càrrega posterior a l'embargament a favor de la Seguretat Social, que no es pot descomptar del valor de taxació a aquest efecte.

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15829)

El 1971 es va inscriure una finca a nom de dos cònjuges, sense fer constar el seu domicili ni els seus documents d'identitat, unes circumstàncies la constància de les quals abans no era obligatòria, però sí que ho és segons l'article 51-9a RH vigent.

Ara s'admet la pràctica d'una anotació d'embargament actual ordenada judicialment, matisant la regla general en tractar-se d'un assentament sense consentiment del titular registral. La LEC no exigeix que la demanda executiva faci referència al document d'identitat del demandat, i preveu expressament la possibilitat que a l'actor li resulti impossible determinar el domicili del demandat, sense que això suposi la paralització del procediment. El que és rellevant és que no hi hagi dubtes d'identitat entre el demandat i el titular registral que, en el cas resolt, no existeixen (ni els planteja la registradora), ja que la demanda s'interposa per la comunitat de propietaris a la qual pertanyen tant la finca embargada com els demandats i els titulars registrals.

HIPOTECA

CANCEL·LACIÓ

R. 31 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12558)

R. 30 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12555)

No sempre és fàcil decidir si, en cada cas en concret, el termini previst en l'escriptura de constitució de la hipoteca és el previst per a la seva durada (de manera que, un cop transcorregut, la hipoteca resultaria cancel·lable per caducitat en virtut del paràgraf 2 de l'article 85 LH), o el termini dins el qual ha de néixer l'obligació per a ser garantida amb la hipoteca (en aquest cas, un cop nascuda l'obligació, l'acció hipotecària es podria exercir mentre no hagués transcorregut el termini de prescripció legal i, llavors, es podria cancel·lar per l'aplicació del paràgraf 5). Determinar si ens trobem davant de l'un o de l'altre cas requereix una anàlisi sistemàtica de les clàusules del contracte.

La cancel·lació convencional automàtica (paràgraf 2) només procedeix quan l'extinció del dret té lloc de manera nítida i manifesta; però no quan sigui dubtosa o controvertida.

En aplicació d'aquesta doctrina, la Direcció resol sobre la sol·licitud de cancel·lar hipoteques, que es consideren caducades, per la via de l'article 82-2 LH:

– La R. De 31 de juliol de 2018 admet la cancel·lació d'una hipoteca que es diu que s'ha constituït per un termini de 6 anys, sense que de la resta d'estipulacions de l'escriptura s'aprecii cap dada que faci dubtar si el que es pretén és fixar únicament el marge temporal en el qual hagi de sorgir l'obligació per tal que quedi garantida amb la hipoteca. En aquest cas, l'obligació garantida és un deute amb una Hisenda Pública, que ja estava vençuda i era líquida i exigible en el moment de constituir la hipoteca.

– La R. de 30 de juliol de 2018 admet la cancel·lació d'una hipoteca en garantia d'un deute amb la Seguretat Social, en el clausulat de la qual es distingeix –després de la modificació i esmena de l'escriptura de constitució– un termini de pagament de l'obligació garantida i un altre termini de durada de la hipoteca (ambdós termi-

nis són de 5 anys, però canvia el dia inicial del còmput). En qualsevol cas, ja ha transcorregut el termini de caducitat de la hipoteca.

R. 17 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13573)

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual el creditor hipotecari manifesta haver rebut un pagament parcial inferior al principal garantit amb la hipoteca, i en consent la cancel·lació.

Certament, és doctrina consolidada que el mer consentiment formal no és títol suficient per cancel·lar un assentament, de manera que és necessari expressar la causa en la qual es basa la cancel·lació. Però també és doctrina que, quan el titular de la hipoteca no es limita a prestar un mer consentiment per a cancel·lar-la, sinó que disposa unilateralment del seu dret de cancel·lar la hipoteca, ens trobem davant una renúncia abdicativa de drets, que té eficàcia substantiva per ella mateixa (article 6-2 Cc) per a produir la cancel·lació de la hipoteca.

En el cas resolt, el creditor ha renunciat indubitatívament al dret real d'hipoteca i són irrellevants les vicissituds del crèdit en l'àmbit obligacional inter partes (que ja s'ha extingit, independentment que subsisteixi amb noves garanties o només amb la responsabilitat personal del deutor).

R. 24 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15762)

Admet la cancel·lació d'una hipoteca canviària ordenada en virtut de sentència que declara la nul·litat de les lletres que aquesta garanteix, malgrat que no consta la recollida i la inutilització dels títols.

Sens dubte, és doctrina consolidada la que denega la cancel·lació d'hipoteques canviàries quan la resolució judicial que l'ordena ha estat dictada en un procediment seguit només contra el primer creditor i tampoc no consta la recollida i la inutilització dels títols, per aplicació analògica de l'article 211 RH sobre hipoteques en garantia de títols transmissibles per endós o al portador. La cancel·lació pretesa podria produir indefensió a l'actual tenidor legítim.

No obstant això, en el cas resolt concorre una circumstància decisiva: el procediment no s'ha dirigit només contra el primer tenidor, sinó també contra els endossataris desconeguts i els tenidors legítims. S'han adoptat les mesures processals necessàries per eludir la indefensió, per la qual cosa demanar la recollida i la inutilització de les lletres implicaria una exigència excessiva que impediria de facto la cancel·lació d'una hipoteca declarada judicialment nul·la.

CONSUMIDORS

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11305)

Admet la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari en el qual el prestador és una societat mercantil, que no és una entitat de crèdit, però que es dedica professionalment a l'activitat creditícia i està inscrita en el Registre previst en la Llei 2/2009, i en la qual els prestataris són dues persones físiques que hipotequen el seu domicili habitual amb la finalitat genèrica de "reunificar deutes".

Els registradors no poden apreciar la nul·litat per abusivitat de qualsevol clàusula, sinó només les que siguin subsumibles en la "llis-

ta negra" dels articles 85-90 LDC i les que vulnereu normes específiques (article 114-3 LH sobre interessos moratoris; article 6 Llei 1/2013 sobre clàusula sòl...). això Amb tot, les clàusules l'abusivitat de les quals només es poden apreciar totes les circumstàncies concurrents, únicament poden ser declarades nul·les pels tribunals, en exigir la disponibilitat d'uns dels mitjans probatoris que els registradors no tenen.

S'admet la inscripció de la clàusula per la qual el prestamista reté certes quantitats de l'import prestat, les quals apareixen detallades a l'escriptura, la FIPER i l'oferta vinculant. En relació a la comissió d'intermediació, la seva abusivitat no pot ser apreciada en seu registral perquè constitueix el preu d'un contracte subscrit pel deutor, diferent del contracte de préstec hipotecari. En quant al concepte de "pagament a tercers", es tracta de dues quantitats concretes: l'una és un deute amb un altre creditor que s'identifica en l'escriptura, la qual estableix que el pagament s'ha de fer en 3 dies, deixant-ne constància per diligència: l'altra quantitat es reté pel pagament d'anualitats vençudes de l'IBI, que és una despesa aliena al préstec el meritament de la qual va ser anterior. A l'últim, en relació amb les despeses del préstec (taxació, notaria, registre, gestoria, impost AJD) no hi ha cap problema que no apareguin individualitzades les seves quantitats respectives, ja que es tracta de despeses la determinació exacta de les quals correspon a operadors independents, per la qual cosa la seva retenció constitueix una retenció de fons subjecta a devolució en relació amb el sobrant. En general, s'ha de rebutjar la inscripció de la clàusula d'imputació de despeses que, en perjudici del consumidor, no s'ajusti a les normes, però només respecte de cada despesa en concret, tret que la clàusula sigui absolutament genèrica cas en què s'ha de rebutjar íntegrament. Igualment s'ha de rebutjar la inscripció de la hipoteca si no s'aclareix que les retencions realitzades només cobrien la part de les despeses que legalment siguin a compte del consumidor. Ara bé, en l'escriptura qualificada s'expressa que l'atribució de les despeses que s'enumeren al deutor, és fruit d'una negociació entre les parts en atenció a la manca de comissions per al deutor i de marges a afegir al tipus d'interès, que és fix, de manera que ha desaparegut el desequilibri rellevant per al consumidor.

Respecte del tipus d'interès ordinari pactat del 15%, és doctrina de la Direcció que l'interès ordinari és un element essencial del contracte de préstec oneros, que està al marge tant de la qualificació registral com de la ponderació judicial. D'altra banda, s'han complert els requisits d'informació (s'inclou en la FIPER i en l'oferta vinculant incorporades) i de transparència (un interès fix no planteja problemes de comprensió en relació amb els índex de referència, sòls o arrodoniments). El control d'aquests interessos queda circumscrit a l'àmbit de la Llei Azcárate de 1908, que també queda al marge de la qualificació, perquè la seva apreciació exigeix la ponderació de totes les circumstàncies concurrents en el moment de la celebració per determinar si el prestatari ha acceptat el tipus d'interès per a la seva situació d'angoixa. D'altra banda, les entitats que no són de crèdit en sentit estricte no apliquen bonificacions per vinculació, suporten un cost superior per obtenir diners als bancs i un risc d'impagament superior, per la qual cosa un interès del 15% es pot considerar ajustat al normal o mitjà.

Certament, en aquest cas l'habitatge hipotecat ha estat taxat gairebé el quàdruple del principal del préstec; i l'article 88-1 LGDCU considera abusiva la imposició al consumidor de garanties desproporcionades al risc assumit. Ara bé, aquest precepte presumeix que



no hi ha desproporció en els contractes de finançament o de garantia per entitats financeres que s'ajusten a la seva normativa específica. D'altra banda, el que és rellevant a efectes jurídics no és el valor de la garantia (el deutor hipoteca allò del que disposa independentment de l'import del préstec), sinó que la responsabilitat hipotecària s'ajusti als paràmetres de l'obligació assegurada i, a més, en el cas d'execució el sobrant correspon a l'hipotecant.

Finalment, sens dubte l'habitatge hipotecat és l'habitual dels prestataris, però no és procedent l'aplicació del límit del triple interès legal del diner (article 114-3 LH), perquè no hi ha cap dada que permeti sostenir que la finalitat del préstec sigui, directament o per via de refinançament, finançar totalment o parcialment l'adquisició de l'habitatge.

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11323)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de préstec a interès variable garantit amb una hipoteca sobre un habitatge perquè manca l'expressió manuscrita del prestatari persona física sobre el seu coneixement dels riscos derivats de la clàusula segona la qual, a causa de la naturalesa del contracte, en cap cas no es podran meritjar interessos a favor seu.

La jurisprudència relaciona l'expressió manuscrita prevista imperativament en l'article 6 de la Llei 1/2013 amb els criteris de transparència i d'informació precontractual, per la qual cosa ha de prevaldre una interpretació extensiva pro consumidor coherent amb la finalitat legal d'afavorir la informació, la comprensibilitat i la protecció dels usuaris dels serveis financers. Encara que la clàusula objecte de debat pogués no ser pròpiament una clàusula sòl, les normes sobre protecció dels consumidors conduirien a la seva assimilació i, a més, l'article 6 esmentat es refereix a totes les clàusules que limiten la variabilitat del tipus d'interès, entre les quals les de sòl són només un exemple.

R. 30 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17478)

Admet la inscripció d'una escriptura autoritzada per un Notari espanyol, per la qual s'eleva a públic un contracte privat de préstec i es constitueix una hipoteca en garantia del seu pagament. Són parts una entitat bancària estrangera domiciliada a Luxemburg i dues persones físiques no residents. La Direcció desestima els dos defectes de la qualificació i admet la inscripció de les clàusules denegades pel registrador.

No es produeix confusió en la clàusula d'interessos; i particularment, és clara la definició dels tipus d'interès aplicables, ordinaris i de demora, així com els períodes de meritament i de pagament. I això deixant de banda la situació indesitjable provocada en denegar la inscripció de la clàusula d'interès i, això no obstant, admetre la inscripció de la constitució de la hipoteca amb la cobertura dels dos tipus d'interès.

En relació amb la clàusula que permet al banc resoldre el contracte de forma immediata en concórrer algun dels supòsits previstos, que pot determinar a la seva absoluta discrecionalitat l'existència d'un supòsit d'incompliment, la Direcció entén que no té la qualitat d'abusiva (a l'efecte de l'article 84-5 LCU). L'exercici d'aquesta facultat unilateral es condiciona a la concurrència d'una de les causes pre-

vistes, cosa que necessàriament implica que l'apreciació de la dita clàusula també és unilateral.

DISTRIBUCIÓ

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11213)

Consta inscrita la hipoteca de dues finques, amb la distribució oportuna de la responsabilitat hipotecària entre elles. Ara es presenta un document privat amb firmes legitimades notarialment on les parts creditora i deutora redistribueixen la responsabilitat, augmentant la d'una finca, disminuint la de l'altra i mantenint inalterada la xifra total. La Direcció denega la inscripció i exigeix forma pública.

La R. de 17 de gener de 2004 va afirmar la vigència plena de l'article 216 RH, que admet la sol·licitud privada amb firma autèntica, i la seva aplicabilitat al supòsit de la distribució obligatòria de la hipoteca exigida per l'article 119 LH. Ara bé, ambdós preceptes es refereixen al cas en què la causa obligacional és l'obligació legal de determinar el gravamen. No obstant això, el cas objecte de recurs es refereix a una cosa diferent: un negoci purament voluntari de modificació de la garantia, la causa del qual –onerosa o no– serà la del negoci que les parts hagin dut a terme, subjecte a les regles generals que, en aquest cas, inclouen la forma pública (articles 1280-1 Cc i 3 LH).

EXECUCIÓ

R. 21 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9610)

Admet la inscripció d'un testimoni d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució directa de béns hipotecats, malgrat que el tercer adquirent no havia estat demandat.

És doctrina general de la Direcció que el requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigít per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC), la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No és suficient la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment li hagi fet el registrador en el moment d'expedir la certificació (article 689 LEC). Aquesta doctrina s'ha vist confirmada per la STC 79, de 8 d'abril de 2013.

No obstant això, quan –com en aquest cas– el tercer posseïdor ha inscrit el seu dret després d'interposar la demanda (contra qui llavors era el titular registral) i abans de l'expedició de la certificació de domini i càrregues, n'hi ha prou amb la mera notificació perquè pugui intervenir en l'execució (article 689 LEC), notificació que consta que s'ha realitzat en les interlocutòries, amb requeriment de pagament, de manera que no s'ha produït indefensió.

R. 26 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11205)

Es refereix a una acta d'execució extrajudicial d'hipoteca durant la tramitació de la qual es va ometre la notificació a l'Agència Tributària, com a titular d'un embargament que consta anotat posteriorment a la hipoteca. Amb la finalitat d'esmenar aquesta omisió, ara es presenta una acta notarial de notificació, posterior al tancament de l'acta d'execució i a l'atorgament de l'escriptura de venda

a l'adjudicatari de la subhasta. El ple domini i la cancel·lació de la hipoteca executada són inscripcions a nom d'aquest; però es manté la suspensió de la cancel·lació de la referida anotació preventiva d'embargament esmentada perquè considera que el defecte de la manca de notificació tempestiva al titular de la càrrega esmentada és inesmenable.

És doctrina consolidada que el requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC), la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment, li hagi fet el registrador en el moment d'expedir la certificació (article 689 LEC), l'efecte de la qual només és avisar-lo de l'execució i permetre-li pagar i subrogar-se, però no substitueix els tràmits processals més rigorosos l'exigència dels quals s'ha vist confirmada per la jurisprudència constitucional.

R. 5 setembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12918)

Denega la inscripció d'una adjudicació en execució judicial d'una hipoteca en la qual, després de quedar deserta la subhasta, el creditor s'adjudica l'habitatge habitual del deutor pel 60% del valor de taxació. El valor total del que es deu no assoleix el 70% d'aquest valor, malgrat que sí que excedeix del 60% i, per tant, queda un romanent de deute pendent d'abonament al creditor.

Sens dubte, la lletra de l'article 671 LEC (després de la seva reforma per la Llei 1/2013) admet en aquests casos de subhasta deserta d'habitatge habitual l'adjudicació al creditor pel 70% del valor de taxació o, quan la quantitat reclamada per tots els conceptes fos inferior a aquest percentatge –com passa en el supòsit resolt–, pel 60%. Però la interpretació d'aquesta norma pot ser contrària a l'esperit i a la finalitat de la Llei que la va introduir (augmentar la protecció del deutor en el cas d'execució del seu habitatge habitual), ni al context de les altres normes modificades per la dita Llei, com l'article 670-4, previst per al supòsit que hi hagi postors a la subhasta. Una interpretació literal del precepte aplicable produiria el resultat distorsionat de causar un greu perjudici al deutor, ja que hi seguiria havent un deute pendent. Per tot això, la Direcció interpreta l'article 671 LEC en el sentit d'entendre que, en el cas de subhasta deserta, l'adjudicació al creditor de l'habitatge habitual del deutor es farà pel 70% del valor de taxació o, si la quantitat reclamada és inferior a aquest percentatge, per la quantitat deguda, però amb el límit mínim del 60% del valor de subhasta.

R. 6 setembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13016)

R. 6 setembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13017)

Deneguen la inscripció de decrets dictats en sengles procediments d'execució hipotecària sobre una finca que no és habitatge habitual, en els quals, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació.

La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, la interpretació del qual s'ha de fer tenint en compte l'article 651, que es refereix a béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, malgrat que l'executant sol·liciti l'adjudicació per

la quantitat deguda per tots els conceptes, en no constituir habitatge habitual, l'adjudicació mai no es podrà fer per una xifra inferior al 50% del valor de taxació.

R. 19 setembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13750)

R. 24 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14156)

Denega la inscripció d'una adjudicació resultant d'un procediment d'execució hipotecària (i consegüent manament de cancel·lació de càrregues), per falta de demanda i de requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de l'inici del procediment.

El requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC), la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment li hagi fet el registrador en el moment d'expedir la certificació (article 689 LEC), l'efecte de la qual només és avisar-lo de l'execució i permetre-li de pagar i subrogar-se, però no substitueix els tràmits processals més rigorosos. Aquesta doctrina ha estat confirmada per la STC 79, de 8 d'abril de 2013.

R. 19 setembre 2018 (BOE 244, 9-X-18: 13751)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació en un procediment judicial d'execució hipotecària sobre un habitatge, per incompliment del límit establert en l'article 575 LEC per a aquest tipus d'adjudicacions: la quantitat taxada per costes no pot excedir el 5% de la total reclamada en la demanda executiva.

El recurrent considera que en el supòsit qualificat hi ha alguns conceptes que, tot i ser reclamats com a costes juntament amb els honoraris d'advocat i de procurador, no s'haurien d'incloure en aquest 5%, amb l'exclusió dels quals no s'infringiria el límit legal. No obstant això, la Direcció entén que aquests conceptes sí que tenen la consideració de costes processals computables per al límit del 5%.

En relació amb els suplerts corresponents a la publicació d'un edicte al BOE, la seva consideració de costes que, per tant, s'han de computar, resulta expressament de l'article 241 LEC.

En relació amb l'IVA dels honoraris d'advocat i de procurador, en general l'article 243-2 paràgraf quart LEC els inclou en la taxació de costes. I quan la llei vol establir una excepció a aquesta inclusió ho fa expressament, com passa amb la seva no-computació per calcular el límit màxim d'un terç de les costes imposades al litigant vençut (article 243-2 en relació amb el 394). Aquesta interpretació és la que més s'ajusta a la finalitat de la Llei 1/2013 –introdutora de l'actual article 575–, que és la protecció dels interessos del deutor en l'execució hipotecària.

R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15118)

Suspèn la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució directa sobre un local i un traster hipotecats.

Es desestima el primer defecte de la qualificació, que consisteix a no haver-se realitzat la declaració de l'arrendament segons l'article 25 LAU. Els arrendaments per ús diferent del d'habitatge, tant abans com després de la reforma de la LAU per la Llei 4/2013, no estan



sotmesos a un termini mínim imperatiu, per la qual cosa s'extingiran en qualsevol moment en què el dret de l'arrendador quedi resolt per l'execució hipotecària, tret que l'arrendament consti inscrit amb anterioritat a la hipoteca que s'executa (article 29 LAU). Extingit l'arrendament i el dret accessori de retracte, la declaració de l'article 25 deixa de ser necessària.

No obstant això, la inscripció es denega perquè, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, i es va adjudicar una finca per un valor inferior a la meitat del seu valor de taxació i l'altra, per una quantitat superior, però fent constar que després de la subhasta subsistia un deute pendent per interessos de demora i processals. És necessari que l'òrgan judicial aclareixi quina de les dues opcions de l'article 671 LEC s'ha seguit en aquesta execució d'hipoteca sobre finques que no constitueixen habitatge habitual. Aquest precepte permet demanar a l'executant: o bé l'adjudicació pel 50% del valor de taxació, en aquest cas si el deute és superior, podrà seguir executant altres béns; o bé l'execució per la quantitat deguda per tots els conceptes, si bé la Direcció està interpretant que aquesta xifra ha de representar, almenys, el 50% del valor de taxació.

R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15642)

En la inscripció d'hipoteca d'una finca consta que aquesta s'estendria a tot allò que comprenen els articles 109 i 110 LH. Posteriorment, aquesta finca hipotecada es va agrupar amb unes altres dues. Ara la Direcció admet la inscripció d'un decret d'adjudicació de tota la finca agrupada en un procediment d'execució hipotecària, amb manament de cancel·lació de la mateixa hipoteca originària i de les altres càrregues posteriors (una anotació posterior a favor de la comunitat autònoma). No és necessari desagrupar la finca.

L'article 110-1r disposa –no imposa– que s'exclouen de la hipoteca les agrupacions de terrenys, però deixa oberta la possibilitat que per autonomia de la voluntat es pacti el contrari, fins i tot quan un tercer adquireixi drets posteriors a la hipoteca. D'altra banda, en el pacte d'extensió de la hipoteca als terrenys agregats s'ha d'entendre que està inclosa l'agrupació i, en general, tots els supòsits en què s'afegeixi una altra porció de la finca (R. de 8 de març de 2013; infra.). En el cas resolt, com a conseqüència d'haver-se pactat l'extensió de la hipoteca a la finca formada per agrupació, és possible que aquesta sigui objecte de l'execució hipotecària.

R. 26 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15769)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució hipotecària sobre una finca que no és habitatge habitual en el qual, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació.

La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, que s'ha d'interpretar de conformitat amb l'article 651, sobre béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, malgrat que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, com que l'habitatge no és habitual, l'adjudicació mai no es pot fer per una xifra inferior al 50% del valor de taxació.

R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15828)

Consten inscrites successivament: una hipoteca; una anotació d'embargament d'un procediment ordinari d'execució de títols no judicials, per a fer efectiu el crèdit hipotecari; i la cessió del crèdit hipotecari a una entitat diferent que la que havia iniciat l'execució. No obstant això, com que encara no s'ha produït la successió processal de la nova creditora, ara s'ordena la pròrroga de l'anotació d'embargament.

La Direcció admet la pròrroga sol·licitada, malgrat que no hi hagi concordança entre la titularitat registral de la hipoteca i la identitat de l'actor de l'execució. Aquesta concordança és imprescindible quan es presenti a inscripció el decret d'adjudicació; però no per a tràmits processals que per si mateixos no impliquen una alteració de la titularitat de la finca ni de la garantia, com la simple pròrroga de l'anotació d'embargament (la finalitat de la qual és evitar-ne la caducitat) o l'expedició de la certificació de càrregues de l'article 659 LEC.

EXTENSIÓ OBJECTIVA

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15831)

Admet la inscripció d'una hipoteca sobre un habitatge familiar, malgrat tenir vinculada ob rem una participació indivisa d'un altre departament destinat a garatge. Amb tot, la vinculació es va formalitzar degudament, però no consta inscrita.

De la interpretació de l'escriptura resulta clarament que la intenció de les parts era hipotecar només l'habitatge, ja que la finalitat del préstec és adquirir-lo, totes les clàusules es refereixen a una sola finca hipotecada en singular i la taxació només comprèn l'habitatge. La configuració *ob rem* ha de venir imposada per la llei o bé resultar de la inscripció registral, sense que es pugui establir de forma tàcita. En aquest cas, com que no consta inscrita la vinculació, habitatge i garatge són dues finques independents. És possible la inscripció parcial limitada només a la hipoteca de l'habitatge, ja que aquesta ha estat sol·licitada pel presentant i no perjudica el creditor hipotecari, ja que el valor de l'habitatge és suficient per cobrir tota la responsabilitat hipotecària.

NEGOCIS SOBRE EL RANG

R. 2 novembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15942)

Admet la inscripció d'una escriptura de préstec garantit amb una hipoteca sobre una finca que al seu dia va ser donada pels pares al que avui és l'hipotecant, sobre la qual consta inscrita una prohibició de disposar establerta pels donants, els quals ara compareixen per donar el seu consentiment a la constitució de la hipoteca i a la posposició de la prohibició de disposar esmentada respecte de la hipoteca.

La registradora entén que la posposició només és possible per a càrregues equiparables que tenen un rang registral negociable per voluntat dels seus titulars, tals com la hipoteca o la condició resolutòria.

Per la Direcció, el fet que la prohibició de disposar no sigui un veritable dret real ni una estipulació a favor de tercer, sí que suposa el reconeixement d'un àmbit de poder al seu titular, per la qual cosa,

un cop inscrites o anotades, són una càrrega amb rang registral davant tercers. Per la mateixa raó de l'eficàcia davant tercers derivada de la inscripció, s'admeten els pactes de posposició de condicions resolutòries a hipoteques posteriors, anant més enllà de la literalitat de l'article 241 RH.

Certament, les resolucions de 23 d'abril de 1996 i de 3 de juny de 1996 van limitar el joc dels pactes de posposició de rang en el cas d'anotacions preventives d'embargament. Però no perquè els embargaments anotats manquin de rang registral, sinó perquè la seva alteració és innecessària: un cop obtinguda una sentència estimatòria en una tercera de millor dret, no cal invertir el rang dels embargaments, ja que el crèdit del tercer opositor es pot satisfer en el mateix judici executiu que va donar lloc a la tercera. I és més, quan és necessari si que és possible alterar el rang de les anotacions d'embargament, com passa en els casos de declaració judicial de preferència amb efectes reals del crèdit a favor de la comunitat en propietat horitzontal als quals es refereix l'article 9-1-e LPH.

D'altra banda, les prohibicions de disposar voluntàries o acordades en procediments civils impedeixen la inscripció dels actes dispositius posteriors, però no dels anteriors, la inscripció dels quals no implica per ella mateixa la cancel·lació de l'assentament de prohibició, sinó que aquesta s'arrossega a l'assentament que reflecteixi l'acte dispositiu. És a dir que, en el cas resolt, si els donants no s'haguessin limitat a consentir la constitució de la hipoteca, si aquesta s'executés, la prohibició seguiria gravant l'adjudicatari durant el termini restant de la seva vigència. És precisament aquest efecte de subsistència de la prohibició i subrogació en el nou adjudicatari el que volen evitar les parts mitjançant el pacte de posposició.

IMMATRICULACIÓ

R. 21 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9612)

Suspèn la immatriculació d'una finca, que s'insta per la via de l'article 205 LH, perquè considera que els dubtes del registrador sobre la coincidència de la finca a immatricular amb una altra que ja consta en el Registre estan fonamentats. Aquests dubtes es basen en les circumstàncies següents: mateixa localització; procedència de la mateixa titularitat; coincidència amb el límit de ponent. Tot això determina que la finca a immatricular es pugui tractar d'una porció segregada de la finca inscrita, que té una superfície més gran.

D'altra banda, el Títol VI RH ha quedat tàcitament derogat per la Llei 13/2015, de manera que ja no regeixen els articles 300 i 306 RH, que permetien recórrer al jutge de primera instància en els casos de suspensió per dubtes del registrador sobre la coincidència amb altres finques ja immatriculades. Es pot acudir al procediment judicial declaratiu previst en l'article 198 LH i al procediment notarial d'immatriculació de l'article 203 LH.

R. 25 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11200)

Admet una immatriculació que es pretenia mitjançant una escriptura de compravenda precedida, com a títol dels venedors, d'una escriptura d'herència atorgada només dos mesos abans, però referida a causants morts fa més d'un any.

La Direcció recorda la seva doctrina. En el procediment d'immatriculació de l'article 205 LH, el que s'ha d'haver produït amb

un any d'antelació és l'adquisició prèvia, però no necessàriament el títol que la documenti. Quan el títol previ sigui el d'herència, el termini d'un any es pot computar des de la defunció del causant de l'herència, ja que: els drets a la successió d'una persona es transmeten des de la seva mort (657 Cc); els efectes de l'acceptació i la repudiació de l'herència es retrotrauen al moment de la mort del causant (article 989 Cc); la possessió dels béns hereditaris s'entén que es transmet a l'hereu sense interrupció i des del moment de la mort del causant, en el supòsit que arribi a adir-se l'herència (article 404 Cc).

D'altra banda, tampoc no constitueix un defecte per a la immatriculació que es pretén el fet que, en l'escriptura prèvia d'herència, no es justifiqués el títol d'adquisició dels causants, havent de constar com a tal la pertinença a aquests "por justos y legítimos títulos". L'article 205 LH no exigeix acreditar tres títols diferents.

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11208)

Admet la immatriculació d'una finca que s'instava mitjançant una escriptura de dissolució de comunitat atorgada el 2018, acompanyada del títol d'adquisició dels copropietaris, que és una escriptura de donació atorgada el 2016.

Resulta indubtable el decurs d'un any entre ambdós títols. D'altra banda, la Direcció recorda la seva doctrina segons la qual la dissolució d'una comunitat és un títol immatriculable. Doctrinalment es discuteix si es tracta d'un títol translatiu o merament específicatiu. Des del punt de vista de la capacitat, s'ha exigint l'autorització judicial pròpia dels actes de disposició sobre immobles quan hi hagin diversos béns en comunitat i es trenqui la regla de la possible igualtat de l'article 1061 Cc; i no s'ha exigint quan hi hagi una sola finca en comú –encara que es compensi el menor– (R. de 2 de gener de 2004) o quan es formen lots iguals (R. de 28 de juny de 2007). Sobre la base de la STS de 25 de febrer de 2011, la Direcció entén que la divisió de la cosa comuna té una naturalesa jurídica complexa; sigui o no translativa, certament produeix una mutació juridicoreal essencial, ja que extingeix la situació de comunitat preexistent i modifica el dret i el poder del comú sobre el bé, per la qual cosa és una veritable atribució patrimonial apta com a títol immatriculador de la totalitat del ple domini de la cosa adjudicada.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11310)

El títol a través del qual es pretenia la immatriculació de tres finques va ser qualificat defectuosament. Ara, vigent l'assentament de presentació d'aquest títol, es presenta una escriptura en la qual aquestes tres finques no immatriculades s'agrupen amb una altra d'inscrita. La Direcció entén que procedeix la inscripció, rebutjant els defectes de qualificació.

El principi de prioritat (article 17 LH) exigeix despatxar el document per ordre en què s'hagi presentat al Diari, tret que siguin compatibles entre ells. L'escriptura d'agrupació és un títol que necessàriament s'ha de qualificar i d'inscriure juntament amb el títol previ per aconseguir la immatriculació pretesa.

L'article 205 LH exigeix que s'aporti una certificació cadastral coincident amb el títol, però és doctrina de la Direcció que, en els casos d'agrupació, s'entén complert aquest requisit si la certificació coincideix amb la finca resultant de l'agrupació. D'altra banda, la



identitat exigida per aquest article només es refereix a la descripció de la finca, i s'ha d'entendre derogada l'exigència que figuri cadastrada a favor de l'adquirent –com, en general, tot el Títol VI i, en particular, l'article 298 RH.

Tampoc no constitueix cap obstacle el fet que s'ometi l'expressió de la superfície de conformitat amb el sistema mètric decimal de les tres finques no immatriculades en el títol previ, ja que, com que ambdós títols han d'accedir al Registre conjuntament, en l'agrupació sí que resulta la superfície total, que és la que, en definitiva, constarà en el foli real de la finca. I com que en el títol previ només consta la mesura del país, el registrador tampoc no justifica els seus dubtes sobre l'existència d'un excés de cabuda entre aquest títol i el d'agrupació.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11311)

Denega la inscripció d'un expedient judicial de domini per a la immatriculació de diverses finques, tramitat segons l'article 201 LH segons la seva redacció anterior a la Llei 13/2015. El primer defecte és que diverses finques limiten amb una carretera i, fins i tot, una d'elles envaeix una via pecuària segons les bases gràfiques del Registre. De la documentació presentada no consta expressament la notificació a les Administracions Públiques afectades. La citació als confrontants és un tràmit essencial de l'expedient de domini per a l'immatriculació. Fins i tot abans de la Llei 13/2015, és un principi general evitar inscripcions de propietat privada que envaeixin totalment o parcialment béns de domini públic immatriculats o no.

D'altra banda, no consten les dades identificatives de l'entitat promotora que n'acreditin la inscripció en el Registre d'Entitats Religioses, determinant de l'atribució de personalitat jurídica. Les finques van ser adquirides per un causant que va testar a favor de la promotora de l'expedient "Cáritas Parroquial" de Dènia, la qual no té personalitat jurídica ni està inscrita, sinó que, a efectes eclesiàstics, és una entitat dependent de "Cáritas Diocesana de Valencia", que sí que està inscrita i té personalitat, i els seus estatuts estableixen que l'esmentada "Cáritas Parroquial" de Dènia només "gaudeix de la personalitat jurídica de la seva pròpia parròquia". Per tant, la inscripció es podia practicar, bé a favor de la parròquia que està inscrita, bé a favor de "Cáritas Diocesana de València", però no a favor d'una entitat sense personalitat jurídica (article 11 RH).

R. 5 setembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12917)

Admeten una immatriculació que s'instava mitjançant una escriptura d'aportació a guanys precedida d'una escriptura d'herència, com a títol de la part aportant, atorgada el mateix dia, però que es referia a causants morts fa més d'un any.

La Direcció recapitula la seva doctrina sobre els requisits de l'article 205 LH després de la Llei 13/2015: hi ha d'haver dos títols públics; el títol públic que s'ha d'immatricular ha de ser translatiu; l'adquisició prèvia (i no necessàriament el títol que la documenti) s'ha d'haver produït almenys un any abans del títol immatriculable. Quan el títol previ sigui el d'herència, el termini d'un any es pot computar des de la defunció del causant de l'herència, ja que: els drets a la successió d'una persona es transmeten des de la seva mort (657 Cc); els efectes de l'acceptació i la repudiació de l'herència es retrotrauen al moment de la mort del causant (article 989 Cc); la possessió dels béns hereditaris s'entén que es transmet a l'hereu sense

interrupció i des del moment de la mort del causant, en el supòsit que arribi a acceptar l'herència (article 404 Cc).

D'altra banda, tampoc no constitueix un defecte per a la immatriculació que es pretén el fet que, en l'escriptura prèvia d'herència, no es justifiqui el títol d'adquisició dels causants, havent de constar com a tal la pertinença d'aquests "por justos y legítimos títulos". L'article 205 LH no exigeix acreditar tres títols diferents.

R. 13 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13374)

Admeten una immatriculació que s'instava mitjançant una escriptura de compravenda precedida, com a títol de la part transmissent, d'una escriptura d'herència atorgada el mateix dia, però que es referia a un causant mort el 2007.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre els requisits de l'article 205 LH després de la Llei 13/2015: la immatriculació per aquesta via exigeix dos títols públics (no un simple document fefaent); el títol públic que s'ha d'immatricular ha de ser translatiu; l'adquisició prèvia (i no necessàriament el títol que la documenti) ha d'haver-se produït almenys un any abans que el títol immatriculable. D'aquesta manera, en els casos d'acceptació d'herència i de formalització en títol públic de l'adjudicació i l'adquisició de la propietat dels béns hereditaris, si posteriorment s'atorga un títol translatiu a un tercer, el termini d'un any de l'article 205 LH es pot computar des de la defunció del causant de l'herència, ja que: els drets a la successió d'una persona es transmeten des de la seva mort (657 Cc); els efectes de l'acceptació i la repudiació de l'herència es retrotrauen al moment de la mort del causant (article 989 Cc); la possessió dels béns hereditaris s'entén que es transmet a l'hereu sense interrupció i des del moment de la mort del causant, en el supòsit que arribi a acceptar l'herència (article 404 Cc).

D'altra banda, tampoc no constitueix un defecte per a la immatriculació que es pretén el fet que, en l'escriptura prèvia d'herència, no es justifiqui el títol d'adquisició dels causants, havent de constar com a tal la pertinença d'aquests "por justos y legítimos títulos". L'article 205 LH no exigeix acreditar tres títols diferents.

R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 256)

Consta inscrita una finca en nom de dos titulars en proindivís. Ara la Direcció denega la inscripció d'una acta notarial atorgada només per un d'ells, el qual manifesta que l'altre, en lloc de segregar, va immatricular com a finca independent la porció en la qual es concretava la seva participació; insta a la registradora perquè iniciï l'expedient de l'article 209 LH previst per supòsits de doble immatriculació, però sense aportar cap indicatiu que permeti a la registradora identificar registrament quines són les finques afectades i quins en són els titulars; i finalment, sol·licita que es rectifiqui la titularitat i la descripció de la matriu, perquè quedi només a nom del recurrent i amb la superfície reduïda a la teòricament corresponent a la seva porció.

No procedeix la constància registral de la modificació de la cabuda pretesa, perquè no som davant una rectificació del mesurament superficial erroni d'una finca que roman perimetralment inalterada. Tampoc no és possible la via sol·licitada al registrador, és a dir, l'expedient de doble immatriculació, ni els procediments de rectificació de descripció dels articles 199 i 201 LH, perquè de la documen-

tació presentada resulta que el canvi de titularitat, de descripció i de cabuda que es pretén és conseqüència d'una operació de condomini entre tots els cotitulars que no va tenir accés al Registre.

R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14861)

Admet la immatriculació d'una finca situada a San Sebastián de la Gomera, per la via de l'article 205 LH, en virtut d'una escriptura de compravenda, precedida d'una acta complementària autoritzada per Notari d'Arona (Tenerife) acreditativa de l'adquisició prèvia de la finca pel venedor.

La competència territorial és qualificable pel registrador quan és un requisit de validesa del títol, com passa en els expedients de delimitació i fitació (article 200 LH), de domini per a immatriculació (203), de rectificació de descripció (201) i de represa del tracte (208). L'acta prèvia de títol públic de l'article 205 no és una excepció a l'exigència de competència territorial en el conjunt d'actes notariaus previstes en el context de la coordinació del Registre amb la realitat extraregstral. Ara bé, els Districtes notariaus canaris tenen la característica especial de la insularitat, la qual cosa impedeix al·ludir a una contigüitat geogràfica determinada per la major proximitat territorial en termes literals, sinó que, de conformitat amb l'article 3 Cc, s'ha d'atendre a la rellevància dels mitjans de transport que permetin als usuaris de La Gomera un accés raonable a la funció notarial. Arona és el punt més pròxim i amb un millor accés al transport per mar a l'illa de La Gomera, cosa que avala la competència del Notari autoritzant de l'acta autoritzada en el supòsit.

R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14862)

Suspèn la inscripció d'una interlocutòria dictada en un expedient de domini per a immatriculació, iniciat abans de la vigència de la Llei 13/2015, respecte d'una finca confrontant amb una carretera, per manca d'aportació de l'informe favorable de l'Administració titular. La citació dels confrontants és un dels tràmits essencials de l'expedient de domini per a immatriculació. La interlocutòria qualificada estableix que s'ha notificat als confrontants, però no menciona concretament els confrontants notificats, per tant, sense referir-se a l'Administració titular de la carretera demanial. Un dels principis bàsics de la Llei 13/2015 és evitar inscripcions de béns de propietat privada que envaeixin totalment o parcialment els béns de domini públic, immatriculats o no.

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15830)

Denega una immatriculació per doble títol notarial, perquè s'omet la referència cadastral d'una de les finques en l'escriptura d'herència que es pretén immatricular; respecte d'una altra, que s'ubica en dos termes municipals, s'ha d'expressar la superfície que correspon a cadascun per determinar el Registre competent; i finalment, s'estima que els dubtes del registrador estan fonamentats pel fet que una de les finques inventariades en el títol coincideix amb una altra ja inscrita.

Tanmateix, es desestima un altre defecte de la qualificació relatiu a l'existència d'una diferència moderada de cabuda entre el títol i el Cadastre. És doctrina consolidada que, quan el registrador ha de qualificar si hi ha identitat entre la descripció del títol immatriculable i la cadastral, ho ha de fer "al seu parer", és a dir, que la Llei no exigeix la igualtat plena i absoluta, sinó que li atorga un cert marge

d'apreciació, però hi ha d'haver una identificació raonable, de manera que la qualificació negativa no es pot limitar a la constatació d'alguna diferència de superfície o d'una altra dada descriptiva, sinó que ha de fonamentar aquests dubtes. La coincidència descriptiva exigida per l'article 205 LH s'ha de referir només a les dades que distingeixen la finca de les seves confrontants: situació, superfície i límits.

R. 5 desembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18126)

Suspèn la immatriculació de finques, que s'insti per la via de l'article 205 LH, ja que considera que els dubtes del registrador sobre la coincidència de la finca a immatricular amb una altra que ja consta inscrita estan fonamentats, de la qual seria una part. El que seria procedent seria segregar-la –amb la llicència oportuna– i acreditar les transmissions successives.

El Títol VI RH ha quedat tàcitament derogat per la Llei 13/2015, de manera que ja no regeixen els articles 300 i 306 RH, que permetien recórrer al jutge de primera instància en casos de suspensió per dubtes del registrador sobre la coincidència amb altres finques ja immatriculades. A partir d'ara ja només es pot imposar el recurs judicial contra la qualificació registral, el procediment judicial declaratiu previst en l'article 198 LH i el procediment notarial d'immatriculació de l'article 203 LH.

R. 5 desembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18127)

Estima el recurs interposat contra la qualificació registral que havia desestimat l'inici d'un expedient de doble immatriculació. Certament, el nou article 209 LH (després de la Llei 13/2015) introdueix la novetat que, per iniciar aquest procediment, el registrador ha d'apreciar l'existència de doble immatriculació.

En aquest supòsit, la Direcció recorda que els judicis registrals sobre la identitat de finques no poden ser arbitraris ni discrecionals; i, per tant, considera insuficientment fonamentada la qualificació del registrador, el qual es limita a denegar l'inici de l'expedient per no apreciar la coincidència de les finques afectades, però sense indicar els criteris en els quals basa aquesta apreciació i desvirtuar les afirmacions contingudes en la instància presentada a aquest efecte.

MITJANS DE PAGAMENT

R. 4 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14546)

Denega una immatriculació instada per la via de l'article 205 LH. El títol immatriculable és una herència; i el títol anterior és una escriptura atorgada el 2008 en la qual es manifesta formalitzar una venda feta el 1984 en document privat –que no s'incorpora ni s'acompanya–, i la part venedora declara que va rebre la totalitat del preu en el moment de la signatura d'aquest document privat.

És necessari identificar els mitjans de pagament. L'escriptura en la qual es reconeix el pagament del preu és posterior a la Llei 36/2006. L'apartat cinquè de la Instrucció DGRN de 28 de novembre de 2006 imposa al Notari l'obligació de consignar els mitjans de pagament en totes les escriptures que autoritzi a partir de l'entrada en vigor d'aquesta norma. En aquets cas, la venda només té data fefaent des de 2017, per la defunció d'un dels compradors.



NÚMERO D'IDENTIFICACIÓ FISCAL

R. 17 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13571)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència en la qual no consta el NIF d'una de les hereves. Certament, aquesta hereva no s'adjudica cap finca; però sens dubte l'article 254 LH imposa aquesta constància, no solament per als actes sobre immobles, sinó també per a tots els actes amb transcendència tributària, com ho és la successió d'un acusat.

"NUMERUS APERTUS" DE DRETS REALS

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16313)

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual les propietàries d'una de les finques donen al seu pare la facultat de disposar-ne, configurant expressament la transmissió com un dret real atípic, el contingut del qual concreten com un dret renunciabile, inalienable, personalíssim, vitalici (es consolidarà amb la propietat quan mori el titular) i inembargable; i s'estableix que per disposar de les finques és necessari el consentiment de les parts.

És doctrina de la Direcció, sobre la base del principi de "numerus apertus" de drets reals (article 7 RH), admetre el poder de configuració de nous drets reals –o de modelització dels ja existents– basat en l'autonomia de la voluntat per adaptar les categories jurídiques a les exigències de la realitat econòmica i social, sempre que es respectin dos límits: el respecte a les característiques estructurals típiques dels drets reals (generals, immediats i absoluts) i la determinació necessària del contingut concret i extensió de les facultats que integren el dret.

El dret qualificat compleix aquests requisits. És perfectament admissible que una facultat dominical, com és la dispositiva, sigui objecte de disgregació sobre la base d'una configuració pròpia que compleixi els requisits estructurals dels drets reals. Prova d'això són les figures de l'usdefruit amb la facultat dispositiva i la donació amb la reserva de la facultat de disposar, desmembrant el domini per via de *deductio*, de manera que no hi ha d'haver cap obstacle perquè el mateix resultat es produeixi inversament per via de *translatio*. L'objecte de la donació qualificada no és una mera facultat, sinó un veritable dret subjectiu dels anomenats potestatus o de modificació jurídica.

OBRA NOVA

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11300)

Admet la inscripció de l'escriptura de compravenda d'una finca sobre la qual es troba inscrita una edificació declarada al seu dia en construcció. En la venda es manifesta que ara l'edifici està totalment acabat, però amb una descripció diferent de la inscrita. S'aporta certificació catastral descriptiva i gràfica de la qual resulta que l'obra es va acabar el 1989 i la seva descripció totalment coincident amb el títol. També s'aporten certificats acreditatius del final de l'obra i de la seva adequació al projecte i a la normativa, però sense contenir-ne la descripció, motiu pel qual el registrador denega la inscripció.

La Direcció admet la inscripció, perquè de les dues vies previstes en l'article 28 LS per a la inscripció d'obres noves, la certificació

cadastral descriptiva i gràfica aportada compleix els requisits del número 4 per a la inscripció d'obres respecte de les quals ha prescrit l'acció urbanística.

R. 31 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12560)

Declarar que es pot inscriure, per la via del número 4 de l'article 28 LS, una declaració d'obra nova acabada el 1995 –segons els certificats tècnic i catastral–, sobre sòl situat a Castella i Lleó, que en el títol i en el Registre és descrit com a rústic. No consta la qualificació del sòl com no urbanitzable protegit, ni el seu caràcter de domini públic o afecte a servituds de protecció pública, ni subjecte a cap altre règim especial d'imprescriptibilitat de possibles infraccions urbanístiques. En el Registre tampoc no consta una anotació preventiva d'iniciació d'expedient de disciplina urbanística.

La data acreditada de finalització de l'obra és anterior a la vigència de la norma autonòmica que exigeix autorització administrativa per a construir en sòl rústic (articles 23 i 24 de la Llei 5/1999, d'urbanisme de Castella i Lleó).

És doctrina reiterada que els únics requisits necessaris per a la inscripció d'obres "antigues" són: l'acreditació de la seva finalització en una data determinada anterior al termini legal de prescripció de la infracció en què hauria pogut incórrer l'edificant i la falta de constància registral de la incoació d'expedient de disciplina urbanística. L'esperit de l'article 28-4 LS exigeix rebutjar l'exigència generalitzada de certificació administrativa acreditativa prèvia de la naturalesa del sòl o de la prescripció de l'acció de disciplina urbanística.

R. 18 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13576)

Suspèn la inscripció de la declaració d'obra en construcció d'un edifici destinat al comerç d'aliments, que incorpora una declaració responsable –en model normalitzat– davant una entitat urbanística col·laboradora, realitzada a l'empara de l'Ordenança per a l'obertura d'activitats econòmiques de la ciutat de Madrid.

La Direcció exigeix un acte administratiu municipal exprés d'autorització, conformitat o aprovació relatiu a l'edificació declarada (licència d'obres).

La Llei 2/2019, de dinamització de l'activitat comercial a la Comunitat de Madrid, parteix de la normativa estatal, però introdueix un règim flexible d'intervenció administrativa en les activitats de comerç minorista i altres serveis, utilitzant la declaració responsable. Aquest títol també està previst en la normativa bàsica estatal; però la novetat autonòmica es troba en l'aplicació d'aquesta figura, no només per a l'habilitació d'usos i activitats, sinó també en el mateix acte de l'edificació, quan la seva destinació siguin les activitats esmentades. En el marc de la Llei autonòmica, l'Ordenança municipal esmentada configura la declaració responsable com un mitjà d'intervenció general, mentre que la licència passa a ser un mitjà residual només exigible ens els casos que afectin la seguretat o el medi ambient. Però aquesta Ordenança només es aplicable a activitats econòmiques (no residencials, dotacionals o urbanístiques); i, a més, exclou del règim la declaració responsable a les obres que –com la del supòsit– requereixen projecte d'edificació.

Per la seva banda, l'article 28-1 de la LS estatal preveu l'admissió de la declaració responsable en substitució de l'autorització administrativa que garanteixi que l'edificació reu-

neix les condicions per ser destinada a l'ús previst per les normes. No obstant això, no es preveu aquesta alternativa per a l'acte d'edificació, que requereix un acte administratiu exprés d'autorització o aprovació.

R. 20 setembre 2018 (BOE 245, 10-X-18: 13823)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'ampliació i final d'obra d'un habitatge que està situat a la comunitat valenciana, atorgada per l'autopromotor un cop vigent l'actual article 202 LH, per no haver aportat el llibre de l'edifici.

És doctrina consolidada la que exigeix el dipòsit registral del llibre de l'edifici, tal com exigeix l'article 202 LH per a qualsevol tipus d'edificació, ja sigui habitatge o industrial, amb la finalitat de tutelar l'interès, ja no del promotor, sinó dels usuaris ulteriors de l'edifici. El dipòsit del llibre de l'edifici serà exigible, tret que la normativa autonòmica eximeixi el dipòsit i tret que per l'antiguitat de l'edifici no fos exigible.

L'article 14 del Decret del Consell 25/2011 exigeix la formalització del llibre de l'edifici per les obres declarades a la Comunitat Valenciana, ja sigui una promoció per a ús propi o de tercers, i afegeix en el seu paràgraf final que el promotor ha de dipositar una còpia de llibre de l'edifici en el Registre de la propietat. La Direcció no considera que aquesta norma eximeixi d'aquest dipòsit en els casos d'autopromoció, a diferència del que passa amb l'exigència de l'assegurança decenal, la qual cosa es justifica perquè l'assegurança té una durada temporal, mentre que el llibre de l'edifici té vocació de permanència.

R. 18 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16474)

Denega la inscripció d'una escriptura actual que declara una ampliació d'obra amb una antiguitat del 2009 segons el Cadastre, però que s'aixeca sobre una finca rústica enclavada en una zona classificada com a "espai protegit" i, per tant, sotmesa al règim d'imprescriptibilitat establert en l'article 180 Decret legislatiu 1/2000 Text refós de les lleis d'ordenació del territori i d'espais naturals de Canàries, vigent en el moment de la finalització de l'ampliació de l'obra.

La Direcció recorda la seva doctrina que considera que es poden inscriure obres "antigues" respecte de les quals s'acredita una antiguitat superior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques, a les quals tampoc resulta aplicable la norma autonòmica corresponent que estableix la imprescriptibilitat d'infraccions en sòl protegit, bé perquè aquestes normes són posteriors a la data acreditada de l'obra (R. de 30 de maig de 2016, R. d'1 de març de 2016, R. de 28 de febrer de 2015), o bé perquè no consta, a través dels mitjans de qualificació disponibles pel registrador, el caràcter protegit del sòl (R. de 28 de juny de 2017). En altres casos, l'obra és anterior a la vigència de la norma autonòmica que exigeix autorització administrativa per a construir en sòl rústic (R. de 31 de juliol de 2018). En sentit contrari, es pot denegar la inscripció pretesa quan –com passa en el supòsit qualificat– la data acreditada de finalització de l'obra és posterior a la norma que va imposar el règim d'imprescriptibilitat; i això sens perjudici d'obtenir una resolució de l'Administració urbanística que, amb els majors mitjans de prova de què disposa, declari la situació de fora d'ordenació o

assimilat a fora d'ordenació pel decurs dels terminis de restabliment de la legalitat de l'edificació, bé perquè es comprova una antiguitat més gran suficient, bé perquè el sòl no és de protecció especial.

OPCIÓ

R. 25 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11199)

Admet la inscripció d'una escriptura d'exercici d'opció de compra sobre un local, amb adquisició d'aquest en proindivís ordinari pels qui estaven casats en règim de guanys quan es va constituir l'opció, si bé en el moment d'exercir-la estan divorciats.

Sens dubte, la comunitat postganancial és un patrimoni col·lectiu en liquidació on actua el principi de subrogació real per al compliment de les finalitats liquidatòries que li són característiques: hi poden ingressar béns compatibles amb aquesta finalitat; el patrimoni en liquidació s'incrementa amb els fruits, i pot ser beneficiat per la usucapió. Pel que fa a les adquisicions en virtut d'un dret d'adquisició preferent de guanys exercit pels excònjuges, el fet de considerar que s'adquireix ipso iure en copropietat ordinària pot perjudicar els creditors de la societat de guanys.

Ara bé, en aquest cas els excònjuges han manifestat expressament que adquireixen per meitat i en proindivís, la qual cosa comporta una liquidació material implícita respecte d'aquest local mitjançant un desplaçament patrimonial la causa negocial del qual és la liquidació de la massa de guanys. Tot això sense perjudici del crèdit que neix a favor de la comunitat post-guanys per l'import actualitzat dels fons comuns utilitzats per adquirir el dret.

PROCEDIMENT REGISTRAL

ASSENTAMENT DE PRESENTACIÓ

R. 27 juny 2018 (BOE 165, 9-VII-18: 9570)

Confirma la qualificació que denega la pràctica d'assentament de presentació corresponent a una escriptura de novació de préstec hipotecari presentada erròniament al Registre Mercantil.

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11210)

El Notari autoritzant d'una escriptura de compravenda remet telemàticament còpia autoritzada de l'escriptura al Registre de la Propietat, en compliment del que preveu l'article 112-1 Llei 24/2001, el qual preveu que els documents inscripcionals "es poden presentar" per via telemàtica amb signatura electrònica reconeguda del Notari autoritzant. A l'escriptura s'ha designat un presentador que no és el Notari autoritzant. El registrador suspèn la qualificació per entendre que el sol·licitat és només la pràctica de l'assentament de presentació i exigeix que s'indiqui expressament que el títol presentat telemàticament serveixi també per a causar les inscripcions i altres assentaments que puguin ser procedents.

La Direcció revoca la qualificació. La mera presentació del títol porta implícita la sol·licitud de la pràctica de tots els assentaments



que es puguin practicar i és incumbència del registrador determinar quins són (article 6 LH).

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11304)

Confirma la suspensió, per part de la registradora, de la qualificació d'un manament judicial de cancel·lació de càrregues, perquè s'ha presentat amb assentament anterior un acte d'adjudicació emès en el mateix procediment que va ser objecte de qualificació negativa (no objecte de recurs ni esmena).

Mentre estigui vigent l'assentament de presentació d'un títol prèviament presentat, s'ha d'ajornar o suspendre la qualificació dels documents presentats amb posterioritat fins que es despatxi el primer títol. Així resulta implícitament dels articles 111-3 i 432-2 RH, en regular les pròrrogues de l'assentament de presentació. Aquest criteri es troba consignat per l'article 18-2 LH segons el qual el termini màxim per inscriure un document és el de quinze dies comptats des de la data de l'assentament de presentació, però si està pendent d'inscripció un títol presentat abans, el termini es computa des de la data d'inscripció del títol previ.

R. 19 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16978)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda, per haver estat presentada estant vigent l'assentament de presentació d'un títol presentat abans referit a la mateixa finca, concretament amb una rectificació descriptiva qualificada negativament.

En virtut del principi de prioritat de l'article 17 LH, el registrador ni tan sols hauria tingut obligació de qualificar el segon títol mentre no s'hagués despatxat el primer l'assentament de presentació del qual és vigent.

COMPETÈNCIA TERRITORIAL

R. 5 desembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18128)

Aplica la regla de la disposició final primera del RD 195/2017 (pel qual es modifica la demarcació registral), en virtut del qual els assentaments s'han de practicar al Registre en la circumscripció territorial del qual es troben els immobles. I si una finca es troba en territori de diversos registres, és íntegrament competent el Registre en la circumscripció del qual s'ubiqui la major part de la finca. Per unificar l'historial registral de les finques ja inscrites en diversos registres, la transitòria quarta remet al procediment de l'article 3 RH, que exigeix conformitat d'ambdós registradors i "certificació administrativa que acrediti el fet".

Aplicant aquestes normes a un supòsit referit a una finca a cavall en territori de dos registres, la Direcció estima el recurs interposat pel registrador titular del Registre a què pertany la major part de la finca, amb motiu de la presentació allà d'una escriptura de compravenda, contra la qualificació de la titular del Registre al qual pertany la part menor, que havia denegat l'expedició de la certificació literal preceptiva de l'historial de la finca, basant-se en dos defectes que la Direcció rebutja.

En primer lloc, no és necessària la inscripció prèvia de la compravenda presentada, ja que els principis de tracte successiu, legitimitat

i prioritat –i el tancament registral que impliquen– són aplicables als títols reals inscripcionals, però no a l'emissió de publicitat formal.

En segon lloc, no té fonamentació legal l'exigència de conformitat dels dos ajuntaments afectats. La referència legal a la "certificació administrativa que acrediti el fet" s'ha d'entendre referida exclusivament a l'acreditació del punt de connexió establert per dirimir la competència entre registres; és a dir, a la major superfície de finca que es troba en un d'aquests.

INSCRIPCIÓ PARCIAL

R. 8 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14860)

Es refereix a la inscripció d'una escriptura d'extinció de comunitat atorgada per tots els hereus copropietaris, respecte d'una finca que està inscrita a nom dels causants només pel que fa a una meitat, mentre l'altra meitat està a nom d'altres titulars. Les parts sol·liciten la inscripció del títol o, si no, la inscripció parcial.

És doctrina de la Direcció que l'exigència de petició expressa de les parts com a requisit per practicar la inscripció parcial (article 19 bis LH) té com a pressupòsit que la part rebutjada afecti l'essencialitat del contracte. En canvi, quan no hi hagi perjudici per a ningú, quan el defecte afecti només alguna de les finques, una part d'aquesta, o drets independents objecte del mateix negoci, no és necessària la sol·licitud expressa d'inscripció parcial, la qual el registrador pot practicar d'ofici, ja que la presentació d'un document al Registre implica la petició de tots els assentaments que es puguin practicar en virtut d'aquest.

En el supòsit resolt procedeix la inscripció del títol pel que fa a la meitat inscrita a nom dels causants, no desnaturalitza el negoci ni implica perjudici per als interessats o tercers.

PRESENTACIÓ FISCAL

R. 11 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10450)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda, i considera per tant aixecat el tancament registral que preveu l'article 254-5 LH pel que fa a la plusvàlua municipal mitjançant l'enviament per correu certificat a l'Ajuntament competent –l'ordenança fiscal estableix com a obligatori el sistema de declaració pel subjecte passiu–, de còpia simple amb carta adjunta el duplicat segellat per correus de la qual s'incorpora a la matriu.

També es desestima el defecte consistent en entendre que els Notaris tenen l'obligació de relacionar-se per mitjans electrònics amb les Administracions Públiques. Certament l'article 14 Llei 39/2015 imposa als registradors l'obligació de relacionar-se amb les Administracions per mitjans electrònics, però ho fa només en relació amb els tràmits dels procediments administratius, de manera que no resulta aplicable al procediment registral, llevat dels supòsits en què la normativa hipotecària es remeti específicament a l'LPA. Aquest criteri és aplicable als Notaris pel que fa a la comunicació amb les administracions en procediments diferents dels administratius, com passa en aquest supòsit dins el procediment registral.

RECURS CONTRA QUALIFICACIÓ

R. 13 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13375)

Desestima el recurs interposat per tal de deixar sense efecte i anul·lar la inscripció d'un decret judicial d'adjudicació i de cancel·lació de càrregues.

És doctrina constant que el recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop practicat l'assentament, ja no és mitjà hàbil per a altres pretensions, com qüestionar la validesa o la nul·litat del títol, o la procedència o la improcedència de l'assentament ja practicat, el qual es troba sota la salvaguarda dels tribunals.

R. 13 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13376)

En el seu dia es va suspendre la qualificació d'una escriptura de venda d'immoble urbà hipotecat a una Església Evangèlica, en no haver-se acreditat la presentació del document a l'efecte de l'impost de transmissions patrimonials, i de la plusvàlua municipal. Mentre es complien aquests tràmits fiscals, el crèdit hipotecari va ser cedit a una altra entitat de crèdit, la qual va subhastar la finca. Ara, al·legant el caràcter fraudulent de la cessió, se sol·licita la inscripció de la compravenda inicial i la cancel·lació de l'adjudicació judicial resultant de l'execució hipotecària.

La Direcció ho denega sobre la base de la seva doctrina constant. El recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop practicat l'assentament, ja no és mitjà hàbil per a altres pretensions, com qüestionar la validesa o la nul·litat del títol, o la procedència o la improcedència de l'assentament ja practicat, el qual es troba sota la salvaguarda dels tribunals.

R. 3 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14543)

Denega la rectificació d'adjudicació d'una finca resultant de procediment d'execució hipotecària, en el sentit de fer constar que el recurrent ostentava un dret d'usdefruit. A la sol·licitud de rectificació s'acompanya una interlocutòria resultant de recurs de revisió, que resol sobre la impugnació de la liquidació del deute realitzada en aquest procediment i sobre la determinació de la destinació del sobrant. Només a aquests efectes, la interlocutòria reconeix l'existència d'un usdefruit anterior sobre la finca, però no pretén determinar en cap cas una situació dominical. A més, en el recurs han estat part exclusivament l'entitat executant i els executats, però sense intervenció del més-dient.

El recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop practicat l'assentament, ja no és mitjà hàbil per a altres pretensions, com obtenir-ne la cancel·lació sobre la base d'una qualificació presumptament errònia. L'assentament es troba ja sota la salvaguarda dels tribunals, de manera que la seva rectificació només és possible amb la conformitat dels titulars de drets inscrits, o mitjançant sentència dictada en procediment on hagin estat demandats tots.

R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15643)

Desestima un recurs mitjançant el qual se sol·licita deixar sense efecte unes anotacions d'embargament, la validesa de les quals

qüestiona el recurrent, que graven les finques resultants d'una divisió per arrossegament de la matriu.

És doctrina reiterada que el recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop practicat l'assentament, ja no és mitjà hàbil per a altres pretensions, com qüestionar la procedència o la improcedència de l'assentament ja practicat, el qual es troba sota la salvaguarda dels tribunals, de manera que la seva rectificació només és possible amb la conformitat dels titulars de drets inscrits, o mitjançant sentència dictada en procediment on tots hagin estat demandats.

PROPIETAT HORITZONTAL

R. 27 juny 2018 (BOE 165, 9-VII-18: 9571)

Admet la inscripció d'un canvi d'ús d'un element en propietat horitzontal, que passa de despatx professional a habitatge, sense necessitat d'autorització de la junta i sobre la base d'un certificat tècnic que acredita l'ús com a habitatge des d'un temps superior al termini de prescripció d'infraccions urbanístiques.

Atesa la vocació expansiva del domini, només quan els estatuts inscrits prevegin una limitació d'usos permesos, la modificació del dit ús requereix acord de la junta de propietaris. Del fet que els estatuts prevegin només la possibilitat de canvi d'ús del local destinat a garatges, no es pot deduir una limitació o prohibició per a la resta d'elements, que hauria de ser expressa per provocar el tancament del Registre.

Quant a l'aspecte urbanístic, si la inscripció d'una obra nova es pot fer sense necessitat de llicència en els casos de l'article 20-4 LS, de la mateixa manera se'n pot declarar la modificació per canvi d'ús (sense perjudici que el registrador notifiqui a l'Ajuntament en els termes de la lletra c del dit article).

R. 26 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9614)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual un local destinat a ús comercial, integrat en una propietat horitzontal, és dividit en quotes ideals atributives de drets d'utilització exclusiva. És insuficient la mera comunicació prèvia o la declaració responsable realitzada per l'interessat del supòsit.

L'article 10-3-b LPH exigeix autorització administrativa, entre altres operacions, per a la divisió, l'agregació i la segregació d'elements privatis, però només quan concorrin els requisits establerts a l'actual article 26-6 LS 2015. Aquest precepte exigeix del requisit general d'autorització administrativa per a la modificació del complex immobiliari privat: quan el nombre d'elements privatis siguin els que resultin de la llicència d'obres i quan la modificació del complex no provoqui un increment del nombre d'elements privatis. És doctrina constitucional que l'article 10-3-b LPH té caràcter bàsic, si bé la determinació del títol administratiu habilitant exigint correspon a la legislació autonòmica competent en matèria urbanística i d'ordenació del territori.

En el supòsit resolt, cal obtenir llicències municipals, tant per a la divisió com per a la primera ocupació del local, perquè, davant l'absència de norma específica en la Llei del sòl madrilenya, així ho imposa l'Ordenança municipal de l'Ajuntament de Madrid



de tramitació de llicències urbanístiques, de 23 desembre 2004 (apartat 1.9 de l'Annex II.1, i article 63-3), que exigeix per a aquest tipus d'actes l'obtenció de la llicència corresponent tramitada pel procediment comú a què es refereix l'Ordenança municipal ressenyada.

R. 27 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9620)

Denega la inscripció d'una elevació a públic d'acords de junta de propietaris, pels quals es modifiquen els estatuts de la propietat horitzontal. Després de l'adopció de l'acord han accedit al Registre nous titulars d'apartaments.

Les modificacions del títol constitutiu no poden afectar els titulars d'apartaments que van adquirir després de l'acord de modificació, però van inscriure el seu dret abans de la presentació de l'acord esmentat; i tot això amb independència de si es tracta d'un consentiment emès com a acte col·lectiu de la junta o com a acte individualitzat. El consentiment unànimе exigit per l'article 5 LPH ha de ser no solament dels qui són propietaris en la data d'adopció de l'acord, sinó dels qui són titulars en el moment de la seva presentació al Registre.

R. 25 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11201)

Denega la inscripció d'una instància privada per la qual es pretén modificar la descripció d'un habitatge integrada en una propietat horitzontal, per tal de consignar el nombre real de dormitoris, que una de les seves terrasses és principal (i no estenedor), així com fer constar els límits de la part annexa.

La mera instància no compleix les exigències del principi de legalitat i de titulació pública (article 3 LH). Pel que fa als canvis en els límits i en la descripció dels annexos, es tracta d'una modificació del títol constitutiu que hauria de ser consentida per unanimitat de la junta (article 17 LPH).

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11211)

Denega la inscripció d'un acord de junta, adoptat per unanimitat dels presents, pel qual es modifiquen els estatuts restringint els usos que es poden realitzar en l'únic local comercial de l'edifici, el propietari del qual no assisteix a la junta.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre delimitació de matèries competència de la Junta i matèries que exigeixen consentiment individual dels propietaris. Hi ha dos tipus d'actes. De primer, els actes col·lectius, que s'imputen a la Junta com a òrgan comunitari i que són inscriptibles en virtut de certificació de junta de propietaris amb unanimitat d'assistents i notificació (sense oposició) als no-assistents (desafectació i venda de determinats elements comuns, vinculació ob rem dels trasters als habitatges com a annexos). I en segon lloc, actes que afecten el contingut essencial del dret de domini, els quals requereixen consentiment individualitzat dels titulars afectats (especificació del traster que correspon a cada pis, conversió d'element privatiu en comú, rectificació considerable de la descripció o usos d'elements privatis).

En el supòsit resolt, cal el consentiment individual i exprés del propietari afectat, sense que n'hi hagi prou el consentiment presumpte de l'article 17-8 LPH.

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11302)

Denega la inscripció d'una elevació a públic d'acords de junta de propietaris, pels quals es modifiquen els estatuts de la propietat horitzontal. Després de l'adopció de l'acord han accedit al Registre nous titulars de departaments.

Les modificacions del títol constitutiu no poden afectar els titulars d'apartaments que els van adquirir després de l'acord de modificació, però van inscriure el seu dret abans de la presentació de l'acord esmentat; i tot això amb independència de si es tracta d'un consentiment emès com a acte col·lectiu de la junta o com a acte individualitzat. El consentiment unànimе exigit per l'article 5 LPH ha de ser no solament dels qui eren propietaris en la data d'adopció de l'acord, sinó dels qui siguin titulars en el moment de la seva presentació al Registre.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11309)

Denega la inscripció d'una instància privada per la qual el propietari sol·licita la rectificació dels límits d'una plaça de garatge integrada en una propietat horitzontal, mitjançant la coordinació gràfica amb el Cadastre prevista a l'article 10 LH, sense necessitat de modificació del títol constitutiu, del qual procedeix la inexactitud que es pretén rectificar.

D'acord amb els articles 9-b i 199 LH, la constància registral de la representació gràfica d'un element en propietat horitzontal només es preveu legalment en els supòsits d'inscripció d'obra nova, de manera que en el foli de cada element se'n pot fer constar la representació gràfica presa del projecte incorporat al llibre de l'edifici (article 202 in fine LH, i Resolució-Circular 3 novembre 2015).

Tot i això, en el cas resolt ja consta inscrita –per tant, sota la salvaguarda dels tribunals– una representació gràfica alternativa de la cadastral. Ara bé, la coordinació gràfica amb el Cadastre no és mitjà admissible per eludir els requisits legals exigits per rectificar la descripció d'elements d'una propietat horitzontal. Per a la rectificació pretesa caldrà, a més del consentiment del titular de l'element, el consentiment dels titulars confrontants –com a afectats– i el de la junta de propietaris, en la mesura que la modificació del títol constitutiu pugui afectar els elements comuns.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11313)

Admet la inscripció d'una escriptura atorgada per tots els propietaris d'un edifici dividit horitzontalment per la qual constitueixen a títol oneros un dret d'usdefruit temporal sobre part del terrat de l'immoble, que dona dret al seu titular a instal·lar, mantenir i arrendar a tercers alguns equips determinats de telecomunicacions.

És possible configurar com a annexos d'habitatges o locals l'ús exclusiu de zones comunes sempre que no siguin necessàries per a l'ús i gaudi adequats dels elements privatis (com passaria, per exemple, amb la terrassa a la qual només es pot accedir des d'un habitatge que estigui al seu nivell); i sempre que la zona comuna afectada quedi prou identificada d'acord amb l'article 53-b RD 1093/1997, relatiu a la transmissió de quotes amb adscripció d'ús, que a més d'estar referit a places de garatge, no esgota les possibilitats de lliure configuració estatutària del règim. Si en el títol constitutiu, alhora que es configura l'ús i gaudi d'un element comú com a annex, es permet –com podria fer-se amb una plaça de garatge–

que el titular pugui fer servir el dret o cedir-lo a una altra persona en usdefruit o arrendament, no hi ha raó per exigir que la cessió de l'annex hagi de ser simultània amb la del pis o local.

D'altra banda, el terrat està delimitat en dues zones l'ús i gaudi de les quals estan assignades en el títol constitutiu als propietaris de dos elements determinats, de manera que la zona afectada per l'usdefruit se superposa parcialment amb les esmentades zones d'ús privatiu. Per resultar directament afectats, és imprescindible el consentiment d'aquests titulars el dret dels quals es restringeix, sense que n'hi hagi prou amb el consentiment presumpte de l'article 17-8 LPH. Ara bé, aquest consentiment resulta del títol qualificat, que ha estat atorgat per tots els propietaris de l'edifici.

Finalment, cal que l'usdefruit constituït es refereixi a usos específicament atribuïts (referits a les telecomunicacions), sense esgotar les altres facultats d'ús i gaudi; i que no s'estengui a tota la superfície abastada pel dret d'ús de la terrassa. El dret d'ús dels propietaris afectats es pot mantenir quan sigui compatible amb l'usdefruit, i recuperarà per expansió natural les facultats atribuïdes en règim d'usdefruit quan aquest dret s'extingeixi.

R. 1 agost 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12720)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords de comunitat de propietaris pels quals es modifiquen els estatuts de la propietat horitzontal en el sentit d'imposar el pas a través d'un local privatiu per al manteniment del dipòsit de gasoil que és element comú. L'acord es pren per unanimitat dels assistents (que representen el 74,4% de les quotes), amb notificació i absència d'oposició dels no-assistents, en els termes exigits pels articles 17-8 i 9 LPH.

Les modificacions dels estatuts tenen lloc normalment mitjançant actes col·lectius de la junta, presos per unanimitat o quasi unanimitat (com en aquest supòsit).

R. 10 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13373)

Admet la inscripció de la divisió horitzontal en dos departaments d'una casa, l'obra de la qual s'havia declarat per prescripció de possibles infraccions urbanístiques. Tant el sòl edificat, com el vol i la resta de parcel·la queden sense ser objecte de divisió ni atribució específica a cap dels apartaments, per la qual cosa són elements comuns.

És doctrina consolidada que la diferencia entre el complex immobiliari i la propietat horitzontal tombada rau en el règim organitzatiu de la propietat. En el complex immobiliari hi ha dos o més edificacions o parcel·les independents entre elles, els titulars de les quals participen en una copropietat indivisible sobre altres elements immobiliaris, vials, instal·lacions o serveis (article 24 LPH). La preocupació del legislador és evitar que, a través d'aquesta figura, es produeixin actes de parcel·lació; i per això s'exigeix autorització administrativa per a la constitució del complex (article 26-6 LSRU). És necessari pactar expressament la constitució i definir perfectament tant els elements comuns com la resta de serveis propis associats al conjunt per decisió dels propietaris. En canvi, a la propietat horitzontal tombada es manté la unitat jurídica i funcional de la finca, en romandre sòl i vol com a elements comuns sense fraccionament jurídic del terreny que es pugui qualificar de parcel·lació.

La configuració jurídica adoptada en el títol qualificat no suposa constituir dos objectes jurídics nous i absolutament independents, com passaria en el cas que, per exemple, al pati o la part de parcel·la sense edificar s'hagués delimitat com a annex l'ús exclusiu de cada element privatiu respecte amb sortida pròpia i independent a la via pública, desvirtuant el concepte d'element comú essencial, indivisible i inseparable (article 396 CC). En conseqüència, d'aquesta divisió no resulta la constitució d'un complex immobiliari o operació jurídica de la qual resulti una parcel·lació o fraccionament del terreny; per la qual cosa no hi ha raó per a exigir llicència.

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15833)

Respecte d'una terrassa que és element comú de la propietat horitzontal, consta inscrit l'ús privatiu a favor d'un habitatge situat a l'última planta de l'edifici.

Ara es denega la inscripció d'una escriptura per la qual el propietari d'aquest habitatge declara l'ampliació d'obra d'aquesta, afegint-hi un àtic o segon nivell construït que ocupa la dita terrassa. S'acredita una antiguitat de construcció de 16 anys mitjançant certificació cadastral descriptiva i gràfica i mitjançant certificació del tècnic competent.

En haver-se fet l'obra sobre una terrassa que és element comú –tot i d'ús privatiu–, es vulnera el precepte estatutari que permet modificar l'habitatge de la qual cadascú és propietari, però sempre que no es perjudiquin els elements comuns, i es prohibeix qualsevol tipus de modificació de la configuració exterior de l'edifici. És necessària l'autorització de la junta de propietaris.

R. 2 novembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15941)

Consta inscrita una parcel·la destinada a setze places de garatge, que forma part d'un immoble constituït en règim de propietat horitzontal. Ara s'admet la inscripció d'una escriptura de venda d'un quinzena de la parcel·la (en la qual es fa constar també que extraregistradament el nombre de places es va reduir al seu dia a quinze, tenint en compte que la parcel·la està travessada ara per un accés a planta de soterrani).

La registradora denega la inscripció per entendre que la venda implica un fraccionament del terreny o bé la constitució d'un complex immobiliari. Així ho conclou de dues circumstàncies: la impossibilitat d'identificar la finca cadastralment; i la no-aportació de llicència acreditativa del fet que la finca estigui destinada a aparcament i el nombre de places.

La necessitat de llicència per dividir apartaments establerta per l'article 10-3-b LPH no és absoluta, sinó que s'eximeix –per remissió a l'article 26-6 sobre complexos immobiliaris– quan no alterin el nombre i les característiques dels elements privatis, la qual cosa és aplicable al supòsit qualificat: la parcel·la apareix inscrita des de la seva immatriculació destinada a aparcament de vehicles i la transmissió de quota realitzada té la mateixa finalitat de garatge. Per tant, no hi ha alteració del nombre d'elements independents de l'edifici, i es mantenen les característiques físiques i jurídiques de l'immoble afectat. D'altra banda, la manca d'identificació cadastral de la finca no implica de cap manera per ell mateix un índex de parcel·lació il·legal. De fet, la no-constància



de la referència cadastral en un títol no n'impedeix la inscripció (article 44-3 LCI).

R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16478))

Denega la inscripció de la renúncia abdicativa d'una quota indivisa de domini que porta annex un dret exclusiu de gaudi temporal o aprofitament per torns d'un apartament integrat en un edifici en propietat horitzontal.

La renúncia abdicativa dels béns immobles és títol material inscriptible; però la seva inscripció exigeix el consentiment dels altres copropietaris a l'acreixement que els resultaria de la renúncia, la qual els perjudica (article 6-2 CC), ja que els produeix un increment en les despeses generals. Els deutes de la comunitat, en no tenir personalitat jurídica, són deutes dels propietaris. Procedeix l'aplicació analògica de l'article 1705 Cc (sobre la societat civil de durada indefinida): la inscripció de la renúncia no pot ser automàtica, sinó que cal exigir que la renúncia sigui posada en coneixement dels altres propietaris perquè puguin impugnar judicialment si entenen que és de mala fe. A la mateixa solució s'arriba aplicant l'article 395 CC sobre comunitat de béns, que admet l'alliberament de la responsabilitat del comú mitjançant la seva renúncia a la seva part en la comunitat, cosa que implica abandonament translatiu.

Tampoc no cal afirmar que la quota renunciada es converteixi en patrimoni de l'Estat, ja que l'objecte de renúncia abdicativa no és un immoble que queda així sense propietari, sinó una quota d'un immoble, la destinació natural de la qual és l'acreixement a la resta dels comuns.

PUBLICITAT REGISTRAL

R. 1 agost 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12723)

Denega l'expedició de certificació literal de l'històric registral de finca determinada. En la sol·licitud de publicitat, si bé el sol·licitant al·ludeix a suposats errors en algunes inscripcions d'altres finques, no es concreta de cap manera la finalitat específica o el motiu que justifiqui el seu interès legítim.

És doctrina consolidada que l'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut i legítim. S'ha de provar, a satisfacció del registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. Les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només poden ser objecte de publicitat per a les finalitats pròpies de la institució registral. És el registrador qui ha de qualificar, no solament si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites pot incloure o se n'ha d'excloure, llevat que la sol·licitud procedeixi d'un jutge, cas en què correspondria a aquest valorar el compliment de la legislació sobre protecció de dades.

En el supòsit resolt, ja en fase de recurs, s'aclareix que els errors invocats a la sol·licitud inicial tenen conseqüències en la imputació dels coeficients de copropietat en la comunitat en propietat horitzontal on s'integren diversos edificis, en un dels quals hi ha la finca del sol·licitant. No obstant això, en tractar-se d'una dada que no va ser aportada en fase qualificació, no es pot tenir en compte en fase de recurs.

R. 2 novembre 2018 (BOE 282, 22-XI-18: 15940)

Confirma la denegació de sol·licitud de certificació únicament del domini d'un solar que s'identifica per la seva ubicació, límits, superfície aproximada, així com per l'esment d'una titular al nom de la qual no consta inscrita cap finca.

El registrador ha de rebutjar sol·licituds que no expressin amb prou claredat i precisió la mena de certificació que es reclama, o els béns o les persones a què es refereix (article 341 RH). En el supòsit qualificat la registradora certifica la inexistència de béns inscrits a nom d'aquesta titular i que, amb les dades aportades, no es pot certificar amb certesa si la finca figura o no inscrita. La mera relació de finques confrontants que es realitza a la sol·licitud no substitueix la identificació de la finca afectada, ni pot servir de base a l'establiment d'un deure del registrador d'efectuar més comprovacions i recerques registrals per localitzar la finca afectada hipotèticament.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

R. 16 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11298)

Admet l'esmena d'una escriptura d'herència, realitzada pel mateix Notari que la va autoritzar i sense nou consentiment dels atorgants.

La Direcció recorda que la seva doctrina de rectificació unilateral pel Notari, permesa en l'article 153 RN, procedeix només quan es pugui comprovar amb claredat meridiana que es tracta d'un error material, per resultar així del context del document i els immediatament anteriors i posteriors, dels documents públics tinguents en compte per a l'autorització i dels que provin fefaentment fets o actes consignats en el document esmenat. Aquesta esmena unilateral és excepcional i per això els supòsits en què s'admet s'han d'interpretar restrictivament. Només procedeix per defectes formals, però no per afectar el fons, les clàusules o les estipulacions, i es requereix en aquest cas el consentiment dels atorgants o dels drethavents.

En el supòsit resolt, són dos els defectes esmenats pel Notari. De primer, l'herència ometia la cabuda d'una finca, la qual estava agrupada amb una altra la cabuda de la qual sí que constava, i constava també la resultant de l'agrupació, de manera que ara el Notari pot determinar la superfície omesa mitjançant una simple operació aritmètica. D'altra banda, com que totes les finques agrupades pertanyen als mateixos propietaris, però cadascuna en proporció diferent i com que s'ha atorgat que la finca resultant pertany als atorgants en la mateixa proporció en què eren propietaris de les agrupades, els valors de les quals també s'indiquen, ara el Notari pot esmenar l'omissió de la participació final de cada propietari en l'escriptura d'herència, als efectes de l'article 45 RH, traslladant les proporcions corresponents mitjançant operacions matemàtiques.

Finalment, s'admet la immatriculació per escriptura de compravenda, i és títol dels venedors l'esmentada escriptura d'herència, tot i que les dues escriptures s'han atorgat el 2016. La mort del causant es va produir el 2003, i es considera per tant complert el termini d'un any entre les dues transmissions exigint per l'article 205 LH.

R. 4 setembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12916)

Denega la pràctica d'assentament de presentació d'un document privat que té per objecte la sol·licitud de rectificació d'una inscripció. No es tracta d'un document públic (article 3 LH), ni és una de les excepcions de l'article 420 RH. D'altra banda, els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals, que són els únics que poden declarar-ne la nul·litat, si no concorre el consentiment dels interessats (article 40 LH).

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

R. 21 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9611)

Denega la inscripció d'un conveni regulador de divorci aprovat judicialment pel que fa a un habitatge inscrit a nom de l'esposa i de la seva mare per meitats indivises el qual s'adjudica en el conveni íntegrament a l'espòs, i la mare de l'esposa reconeix que la meitat indivisa que figurava formalment al seu nom era realment del seu gendre.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre la possibilitat d'inscripció del reconeixement de domini, com a adequació de la titularitat formal a la realitat, sempre que s'atorguin per les úniques parts que ho han de fer, en tant que per a elles es reconeix un pacte de fidúcia, sense que es pugui mantenir que sigui un títol que no té causa si s'hi exterioritza la relació de representació reservada fins en aquest moment. En el conveni qualificat no consta el consentiment de la sogra, titular registral que porta a terme el reconeixement, que no és part en el procediment de divorci.

D'altra banda, aquest reconeixement de domini, realitzat per un tercer a favor d'un dels cònjuges, excedeix el contingut típic i adequat del conveni regulador com a títol privat regulador de les conseqüències patrimonials del divorci dels cònjuges. Els negocis translatius amb tercers requereixen escriptura pública.

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10158)

Denega la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència, per manca de consentiment de l'esposa d'un dels hereus, al qual un altre cohereu havia cedit onerosament el seu dret hereditari abans.

Certament la partició legalment feta confereix a cada hereu la propietat exclusiva dels béns que li hagin estat adjudicats (article 1068 CC). Aquest principi no falla en els casos d'adjudicació de bé indivisible a un hereu amb obligació de pagament en metàl·lic als altres (article 1062 CC), ja que la causa de l'adquisició segueix sent el deure que l'adjudicatari tenia com a hereu.

No obstant això, en la cessió onerosa de drets hereditaris a una persona casada en règim de guanys, s'ha d'aplicar als drets adquirits la presumpció general de pertinença a la societat de guanys iuris tantum de l'article 1361 CC, la qual cosa fa imprescindible el consentiment del cònjuge del cessionari en l'escriptura d'adjudicació d'herència.

R. 11 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10451)

Denega la inscripció de l'adjudicació, en conveni regulador de divorci, d'una finca d'ús agrari que els futurs cònjuges van adquirir en comunitat ordinària abans del matrimoni amb caràcter privatiu.

És doctrina reiterada que l'efectivitat del conveni regulador és merament liquidadora del règim econòmic conjugal, sense que s'hagi estendre a altres actes amb significació negocial pròpia, que requereixen escriptura pública (article 3 LH). En particular, es necessita escriptura pública i no és inscripció el conveni regulador aprovat judicialment si a la liquidació de guanys s'inclouen béns que pertanyen privativament per meitat a ambdós cònjuges, i la transmissió d'aquests béns no té com a causa exclusiva la mateixa liquidació del consorci, ni es tracta d'habitatge familiar.

R. 30 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12556)

Consta inscrita una finca a nom de dos comuners: pel que fa a una tercera part per a cada un, amb caràcter de guanys per títol de compra; i pel que fa a la tercera part restant, a nom d'un dels dos, amb caràcter privatiu per títol d'herència. Ara es denega una escriptura d'extinció de condomini, atorgada pels comuners i els seus cònjuges, per la qual s'adjudica tota la finca al comuner majoritari amb caràcter privatiu, si bé quant a una meitat es diu que el caràcter privatiu ho és per confessió.

No hi ha un precepte que admeti l'atribució implícita de privativitat, com sí que existeix per al negoci d'atribució de pertinença a la societat de guanys que preveu l'article 1355 CC. En el títol qualificat, una porció indivisa de guanys s'ha mutat en privativa; i manca l'expressió de la causa d'aquesta adquisició. Fins que no se solucioni l'escriptura expressant la causa onerosa o gratuïta del negoci d'atribució de privativitat, no es pot inscriure privativament.

R. 7 setembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13018)

Denega la inscripció d'una sentència per la qual es declara que la demandant ha adquirit per prescripció el domini d'una finca, la qual consta inscrita adquirida amb caràcter presumptivament de pertinença a la societat de guanys, mitjançant escriptura de compra atorgada el 1913, per un determinat titular que, perquè se'n desconeix el domicili i les dades personals, va ser declarat en rebel·lia processal, sent l'únic demandat en el procediment.

Sobre una finca inscrita com de pertinença a la societat de guanys o presumptivament de pertinença a la societat de guanys, només es poden inscriure resolucions judicials dictades en procediments dirigits contra tots dos cònjuges o els seus hereus respectius (articles: 20 i 38 LH; 1375-1378 CC; 93 i 94 RH). Atès el nombre d'anys transcorregut des de l'escriptura de compra, el més probable és que la dona no demandada hagi mort; eventualitat en la qual resultaria aplicable la doctrina recent que permet suplir la crida personal dels seus hereus ignorats per la seva citació genèrica mitjançant edictes i per la garantia afegida del nomenament d'un administrador judicial de l'herència jacent (articles 790 i següents LEC).

R. 7 setembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13020)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual, la compradora —espanyola, però no resident a Espanya— manifesta estar casada en règim econòmic matrimonial alemany. El registrador suspèn la inscripció, perquè la compradora no aporta cap prova que sustenti la seva manifestació, la qual, sent aquest règim legal el de participació en guanys, implicaria que el cònjuge comprador adquireix la finca amb caràcter privatiu i, per tant, en el futur podria disposar-ne lliurement.



No obstant això, la Direcció admet la inscripció sobre la base de la seva doctrina consolidada: tot i que el Notari no està obligat a conèixer la llei material estrangera, ha de reflectir en la compareixença de l'escriptura quina és la norma aplicable a les relacions patrimonials entre cònjuges. Ara bé, l'art. 92 RH permet inscriure a favor de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial, amb indicació d'aquest si consta al títol. La determinació del dit règim i l'acreditació del seu contingut i de la seva vigència és exigible en l'alienació o gravamen, i es pot obviar si consta el consentiment o la demanda a tots dos.

R. 10 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13371)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual, la compradora és de nacionalitat belga i declara: que està casada sota el règim legal de comunitat establert en la llei belga; que es troba en procediment de separació o divorci, i que els diners invertits i, per tant, l'adquisició, són privatus seus. També sol·licita la inscripció parcial. El registrador exigeix la ratificació del caràcter privatiu del preu per part de l'espòs.

És doctrina consolidada que, tot i que el Notari no està obligat a conèixer la llei material estrangera, ha de reflectir en la compareixença de l'escriptura quina és la norma aplicable a les relacions patrimonials entre cònjuges. Ara bé, l'art. 92 RH permet inscriure a favor de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial, amb indicació d'aquest si consta al títol. La determinació del tal règim i l'acreditació del seu contingut i de la seva vigència és exigible en l'alienació o gravamen, i es pot obviar si consta el consentiment de tots dos.

En aquest cas, els efectes d'aquest matrimoni es regeixen per la llei belga (article 9-2 CC), de manera que no es poden aplicar els articles 1324 CC i 95 RH sobre inscripcions privatives. I, a falta de prova del dret belga (aplicable segons el 9-2 CC) o manifestació del registrador sobre el seu coneixement, no hi ha cap obstacle perquè, tenint en compte la sol·licitud d'inscripció parcial, la finca adquirida s'inscriu, no ja amb el caràcter presumptivament de guanys previst en el dret espanyol, sinó amb subjecció al règim matrimonial estranger indicat, en la via de l'article 92 RH.

R. 10 setembre 2018 (BOE 238, 2-X-18: 13372)

Encara que denega la inscripció d'una instància d'adjudicació d'herència per hereu únic pel fet que s'aporta mera còpia simple del testament (amb infracció dels articles 3 i 14 LH), la Direcció desestima l'altre defecte de la qualificació i entén que no és necessària la liquidació prèvia de la societat de guanys dels pares de l'hereu interpretant que, a la instància, s'inclouen les participacions d'ambdós causants.

R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14863)

Admet la inscripció d'una escriptura d'hipoteca, en la qual la hipotecant i prestador manifesta ser propietària amb caràcter privatiu de l'habitatge hipotecat, que és l'habitual seu, però no del matrimoni, ja que el seu espòs, per raons mèdiques, té el seu domicili en un altre terme municipal.

El registrador exigeix el consentiment del marit a l'efecte de l'article 1320 Cc. El recurrent, en canvi, entén que la finalitat d'aquest article és protegir el domicili conjugal, de manera que un habitatge

que no sigui la residència habitual i permanent d'ambdós cònjuges, no és habitatge habitual familiar a l'efecte de l'article 1320 cc.

El matrimoni implica una comunitat de vida que, com a regla general, implica una comunitat d'habitatge. No obstant això, per raons professionals, laborals, mèdiques, d'assistència a altres familiars o altres d'anàlogues, aquesta comunitat de vida pot no comportar comunitat d'habitatge. És només quan ambdues comunitats concorren, que la llei estableix la necessitat d'acord sobre on fixar l'habitatge (article 70 Cc) i la sotmet al règim de disposició especial de l'article 1320 Cc. En conseqüència, l'afirmació del títol qualificat que l'habitatge objecte de disposició no és la conjugal, compleix les exigències legals (S TS 3 maig 2016). La referència a la situació personal del cònjuge no deixa de ser una manifestació del disposador sobre el caràcter no conjugal de l'habitatge.

R. 24 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15644)

Denega la inscripció d'un conveni regulador aprovat judicialment en procediments de guarda, custòdia, aliments i visites de fills no matrimonials, ja que dissol el condomini que tots dos progenitors ostentaven privativament i en proindivís sobre una finca.

El conveni regulador només és títol inscripcible dins el contingut assenyalat en l'article 90 Cc, que en l'aspecte patrimonial només inclou les relacions derivades de la vida en comú, com l'ús de l'habitatge, la liquidació del règim econòmic conjugal, la pensió compensatòria o al sosteniment de les càrregues i aliments; però no l'eventual liquidació de les comunitats hagudes entre els progenitors sense cap relació amb el compliment dels deures de guarda i custòdia.

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15832)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de liquidació de societat postconjugal, atorgada per l'exdona i pels hereus del exespòs mort, però sense intervenció de la vídua d'aquest, amb qui s'havia casat en segones núpcies i a qui havia llegat l'usdefruit universal de la seva herència.

És necessària la intervenció de la vídua en la liquidació de la comunitat després de guanys, per ser part de la comunitat hereditària del difunt, en la seva condició de legitimària, independentment del títol d'atribució de la seva llegítima. Mentre no es parteixi l'herència, hi ha una comunitat hereditària de la qual no solament formen part els hereus, sinó tots els cridats a la successió per les seves quotes, cosa que inclou també els legitimaris i els legataris de part alíquota. En conseqüència, mentre subsisteixi la comunitat després de guanys del mort, són aplicables les normes sobre la comunitat de béns (article 406 Cc), la qual cosa exigeix el consentiment unànim de tots els partícips per a la validesa dels actes dispositius sobre béns de l'herència. Com que és necessària la intervenció de la vídua per a la partició de l'herència del seu espòs, també ho serà per a tots els actes dispositius anteriors, com és la liquidació d'una societat de guanys prèvia, per tal que els seus drets no es vegin perjudicats.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16307)

Consta inscrita una finca com privativa de l'espòs casat en règim de guanys, per confessió del caràcter privatiu del preu que va realitzar l'esposa en el moment de la compra. Ara s'admet la inscripció

d'una escriptura d'aportació a societat limitada atorgada només per l'espòs, que manifesta que avui està separat legalment.

La confessió de privativitat no fixa davant de tots el caràcter privatiu del bé, sinó que és un simple mitjà de prova que no té virtualitat per desvirtuar per ell sol la presumpció de pertinença a la societat de guanys, encara que el bé tampoc no pot ser inequívocament reputat com de guanys. Atesa aquesta indeterminació i per evitar la inscripció de negocis claudicants, l'article 95-4 RH imposa que la inscripció d'actes dispositius exigeix el consentiment dels hereus forçosos del confessant mort.

Per tot això d'abans, s'admet la inscripció: mentre visqui en cònjuge confessant, encara que s'hagi dissolt el matrimoni o la societat de guanys, és innecessari acreditar els aspectes exigits pel registrador: o bé la ratificació del caràcter privatiu de la finca aportada, o bé l'adjudicació d'aquesta a l'aportant en la liquidació dels guanys.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16308)

Consta inscrita una finca —reproduint el que deia l'escriptura de compravenda que va causar la inscripció— a nom d'un comprador de nacionalitat algeriana, qui va manifestar estar casat subjecte al règim econòmic de la seva nacionalitat i després, en les estipulacions, que adquiriria per a la seva societat de guanys.

Ara es denega la inscripció d'una escriptura en la qual el cònjuge titular ven per ell mateix la finca, i el Notari autoritzant fa constar que, en el títol d'adquisició del que és avui venedor, hi va haver un error de concepte, en declarar ara el titular que en tot moment el seu règim conjugal va ser i ha estat el de separació de béns, legal en Dret algerià.

La Direcció exigeix el consentiment exprés no solament del titular, sinó també el de la seva esposa. Així ho exigeix l'article 40 LH i així resulta de la presumpció de veracitat de l'escriptura pública i els seus efectes jurídics respecte dels tercers. En aquest cas tampoc no s'ha provat mitjançant document fefaent que el règim econòmic conjugal vigent en el moment de l'adquisició fos el que es vol fer constar ara.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16309)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual el comprador sol·licita la inscripció de la finca com privativa seva, d'acord amb l'article 95-2 RH, pretenent acreditar el mateix caràcter del preu mitjançant escriptura, atorgada davant el mateix Notari una setmana abans, per la qual qui avui és comprador va rebre per donació del seu pare la mateixa quantitat de diners, amb incorporació del resguard de transferència de la quantitat donada al mateix compte bancari del donatari-venedor des del qual s'ha pagat ara el preu de la compravenda qualificada.

Per a la justificació del caràcter privatiu del preu, l'esmentat article exigeix prova documental pública, la qual cosa, fora del procés, equival a dir sota fe notarial. L'escriptura de donació aportada únicament prova que al seu dia es va rebre una quantitat de diners determinada, però no que siguin els mateixos diners utilitzats en la compra. Atès el caràcter fungible dels diners, la privativitat d'aquest és molt difícil de provar: cal acreditar indubtablement que els diners invertits són just els mateixos; per a això el seu rastre ha de gaudir d'una acreditació documental plena, ja que en el procediment re-

gistrat no es poden admetre altres mitjans de prova, l'admissió de la qual hauria de portar igualment la possibilitat de contradicció.

També es confirma l'altre defecte de la qualificació, consistent en la falta de les dades identificatives del cònjuge del comprador (articles 159 RN i 51-9-a RH), la constància de les quals no seria necessària si el bé s'inscrivís com a privatiu del comprador; però que sí que ho és quan el bé s'inscriu com presumptivament de guanys o, fins i tot, com privatiu per confessió.

R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16476)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda, en la qual els compradors, de nacionalitat espanyola ell i de nacionalitat alemanya ella, manifesten que "el seu règim econòmic matrimonial és el de separació absoluta de béns segons la legislació civil anglesa".

El Notari ha complert la seva obligació de precisar el caràcter legal del règim, derivat de les normes que disciplinen els possibles conflictes de Dret interregional o internacional privat, esvaint tot dubte sobre l'origen legal o convencional d'aquest règim. No cal exigir l'acreditació de les raons en què es fonamenta l'aplicació del règim, ja que n'hi ha prou amb la declaració de l'atorgant (article 159 RN). En la legislació anglesa no hi ha pròpiament un règim econòmic matrimonial, sinó la simple aplicació de la llei material del Regne Unit. El Notari ha precisat quina és aquesta llei aplicable, no té l'obligació d'especificar les raons d'aplicabilitat d'aquest règim, del qual resulta inequívocament que no té caràcter convencional.

R. 22 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16983)

Suspèn la inscripció d'un decret de la lletrada de l'Administració de Justícia pel qual s'aprova un acord de liquidació de la societat de guanys, obtingut pels cònjuges que han instat el procediment dels articles 806 i següents LEC.

La inscripció se suspèn per manca de protocol·lització notarial. No som davant un conveni regulador, sinó davant un procediment judicial de liquidació del règim econòmic matrimonial per remissió de l'article 810-4 a l'article 788 i concordants. L'article 787-2 LEC determina que l'aprovació de les operacions divisòries es realitza mitjançant decret del lletrat de l'Administració de Justícia, però, en tot cas, ordenant protocol·litzar-les.

REGISTRE DE BÉNS MOBLES

R. 26 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11206)

En les seves diverses seccions el Registre de Béns Mobles integra no solament el contingut de l'antic Registre de Venda a terminis, sinó també els d'Hipoteca Mobiliària i Penyora sense Desplaçament, Condicions Generals de la Contractació, i Vaixells i Aeronaus. Dins cadascuna de les seccions s'aplica en primer lloc la normativa específica reguladora dels actes o drets inscriptibles; en el no previst —i si és aplicable— l'Ordenança del Registre de Venda a Terminis de Béns Mobles, l'RRM i l'RH (adicional única RD 3 desembre 1999 Reglament Registre Condicions Generals Contractació). Desenvolupant aquesta previsió, la Resolució Consulta DGRN 31 juliol 2015 estableix que, a cada acte o dret inscriptible, se li ha d'aplicar la llei o norma que el regula, distingint dos tipus d'anotacions preventives: les subjectes a la normativa



sobre venda a terminis de béns mobles, que tenen una vigència de 4 anys passats els quals són cancel·lables d'ofici o a instància de qualsevol interessat (adicional segona Llei VPBM), i les subjectes a la normativa sobre hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament, que caduquen als 3 anys d'haver-se practicat, prorrogables per l'òrgan judicial que les hagués ordenat fins a la finalització del procediment per sentència ferma (article 38-2 Reglament RHMPD).

En conseqüència, es denega la pròrroga, sol·licitada el 4 de maig de 2018, d'una anotació d'embargament practicada el 15 de maig de 2014 a l'empara de la normativa sobre hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament. L'anotació va caducar als 3 anys.

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11315)

Al Registre de Béns Mobles consten inscrites successivament: la reserva de domini a favor de finançador d'una venda de vehicle i l'anotació preventiva d'embargament de la posició jurídica del comprador, a favor de la Hisenda Pública.

Ara es presenta sol·licitud de cancel·lació de la reserva de domini com a conseqüència del lliurament del vehicle que fa el comprador al venedor, davant la impossibilitat de fer front a les obligacions de pagament derivades del finançament. S'hi presenta també sol·licitud de cancel·lació de l'embargament posterior. Procedeix cancel·lar la reserva de domini, però per cancel·lar l'embargament cal consentiment d'Hisenda. La renúncia d'un dret per part del seu titular no pot perjudicar un tercer (articles 6 Cc, 107 LH i 22 Ordenança del RVPBM).

REPRESENTACIÓ

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11316)

Consta inscrita des de 2002 la venda de dues finques realitzada per un ciutadà alemany a una societat espanyola. Ara es presenta una escriptura actual per la qual la societat titular reconeix el domini a favor del llavors venedor, declarant que durant aquests anys la seva titularitat ha estat merament fiduciària en interès únic i exclusiu del venedor, que accepta el domini que ara es reconeix al seu favor. Es fa constar que aquest reconeixement de domini és un títol amb causa, en el qual s'exterioritza la relació representativa que fins llavors havia estat reservada, i que amb la tal titularitat fiduciària es va tractar d'aconseguir una finalitat econòmica molt limitada i d'acord a instruccions reservades del veritable propietari, essent finalitat d'aquesta escriptura fer coincidir les titularitats formal i real.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre la possibilitat d'inscriure el reconeixement de domini, com a adequació de la titularitat formal a la realitat, sempre que s'atorguin per les úniques parts que ho han de fer, mentre que per elles es reconeix un pacte de fidúcia, sense que es pugui mantenir que sigui un títol que no té causa si s'hi exterioritza la relació de representació reservada fins en aquest moment. Sobre la base d'aquesta doctrina, s'admet la inscripció, ja que en l'escriptura consta expressament la causa de l'adquisició onerosa i l'existència del pacte de fidúcia. No seria raonable que els mateixos interessats haguessin de litigar per obtenir per sentència el mateix que voluntàriament ja han atorgat en l'escriptura de reconeixement.

R. 7 setembre 2018 (BOE 233, 26-IX-18: 13019)

Declara inscriptible una escriptura atorgada davant Notari espanyol, per la qual un banc japonès cedeix crèdits hipotecaris a un altre banc anglès, estant representades ambdues parts mitjançant poders atorgats en els seus països respectius. En el títol qualificat, el Notari espanyol ressenya el lloc d'atorgament del poder, l'autoritat que l'expedeix, el fet d'estar redactats a doble columna en castellà i en anglès i el fet d'estar dotats de postil·la, i emet a continuació judici notarial de suficiència per al negoci concret que es porta a terme. El registrador exigeix acreditar "l'equivalència de les formes" del poder estranger respecte d'un poder notarial espanyol.

La Direcció recapitula la seva doctrina recent. La representació voluntària, si no hi ha submissió expressa, s'ha de regir per la llei del país on s'exerceixin les facultats conferides (article 10-11 Cc), que és l'espanyola, la qual exigeix que consti en document públic el poder per actes que s'han de redactar en escriptura pública o que hagin de perjudicar un tercer (article 1280-5 Cc). El document estranger només és equivalent al document espanyol si concorren en el seu atorgament aquells elements estructurals que donen força al document públic espanyol (S TJUE 9 març 2017, article 60 Llei 29/2015): que estigui autoritzat per qui tingui atribuïda al seu país la competència per donar fe pública, i que aquest, efectivament, doni fe de la identitat de l'atorgant, com també sobre la seva capacitat per a l'acte. Així, cal que el document estranger superi una anàlisi d'idoneïtat o equivalència amb els documents públics espanyols, la qual s'ha de fer d'acord amb l'ordenament estranger aplicable, que s'ha d'acreditar pel que fa al seu contingut i vigència d'acord amb l'article 36 RH. El judici notarial de suficiència ha d'expressar també tots els requisits que acreditin l'equivalència del poder estranger amb l'espanyol, que només s'entenen complerts quan l'autoritat estrangera hagi intervingut desenvolupant funcions equivalents a les de les autoritats espanyoles i hagi formulat judici d'identitat i de capacitat dels atorgants. A més, la legalització i la postil·la —o la seva excepció— constitueixen un requisit perquè el document autoritzat per funcionarí estranger pugui ser reconegut com autèntic en l'àmbit nacional.

Ara bé, la Direcció entén també que, si bé els judicis de suficiència i d'equivalència són diferents (de fet, el segon no competeix en exclusiva al Notari espanyol, que no està obligat a conèixer el Dret estranger), quan hi ha una declaració notarial expressa de suficiència del poder per al negoci concret, aquesta declaració ha d'implicar necessàriament la d'equivalència, encara que no es facin servir paraules sacramentals per a això.

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS

R. 18 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13574)

R. 18 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13575)

Denega la inscripció en el Registre de la Propietat d'una venda atorgada per administrador social amb càrrec no inscrit. La Notària autoritzant realitza la ressenya identificativa de l'escriptura de nomenament, adverteix de la seva manca d'inscripció en el Registre Mercantil i emet judici notarial de suficiència de facultats representatives.

És doctrina de la Direcció que el nomenament dels administradors té efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció en el Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la inscripció prèvia en el Registre Mercantil del càrrec social o del poder general, com a requisit d'inscripció dels actes realitzats en l'exercici d'aquesta representació. El que passa és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i d'exactitud, el registrador mercantil n'haurà qualificat favorablement la regularitat i, per això, n'hi haurà prou de completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, ha de ressenyar les dades i documents que posin de manifest la designació vàlida del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, degudament convocat i vigent en el moment del nomenament, inclosa l'acceptació del nomenat i, si és el cas, la notificació o el consentiment dels titulars dels càrrecs anteriors inscrits; la qual cosa no consta en el títol qualificat.

R. 31 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15834)

R. 8 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16317)

Es refereixen a l'aplicació de l'article 249 LSC pel que fa a la retribució de consellers amb funcions executives, que és una de les matèries modificades per la Llei 31/2014 sobre millora del govern corporatiu, tant respecte de les societats no cotitzades (article 249 LSC), com de les cotitzades (amb especialitats en els articles 529 sexdecies a 529 novodecies, que atribueixen la competència al consell, però amb remissió al que disposa en el 249-3). La doctrina majoritària i la Direcció han vingut interpretant la modificació legal en el sentit que l'atribució de competència al consell per a fixar les retribucions dels consellers amb funcions executives regeix tant per a societats cotitzades com no cotitzades.

D'aquesta interpretació s'aparta la STS 26 febrer 2018, la qual declara que, en les societats no cotitzades, la competència de la junta en matèria de retribució d'administradors es refereix a tots, inclosos els consellers delegats o executius.

No obstant això, cal tenir en compte que aquesta sentència: encara no ha estat confirmada per d'altres; que va ser dictada en relació amb una clàusula estatutària que exclouia categòricament la reserva estatutària i la competència de la junta; i que, en tot cas, la sentència reconeix la necessitat d'interpretar més flexiblement la reserva estatutària sobre retribució de consellers, encara que sempre rebutjant remuneracions desproporcionades, no previstes en els estatuts i per sobre de l'import màxim anual acordat per la junta per al conjunt dels administradors.

Amb cita d'aquesta doctrina:

– La R. 8 novembre 2018 admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords de junta i consell d'una anònima, pels quals es nomena una determinada persona conseller i conseller delegat, i s'afegeix que s'ha celebrat entre el nomenat i la societat el contracte a què es refereix l'article 249 LSC. La registradora denega la inscripció, per entendre que la celebració del contracte pressuposa el caràcter retribuït del càrrec, la qual cosa és incompatible amb l'article 22 dels estatuts, que estableix el caràcter gra-

tuït de l'òrgan d'administració. Això no obstant, per a la Direcció, el contracte previst en l'article 249 LSC també és possible quan el càrrec sigui gratuït, essent possible en aquest cas, incloure previsions com indemnitzacions o rescabament de despeses en què incorri l'administrador, clàusules de permanència a l'empresa, conseqüències del comiat del càrrec o del desistiment del mateix contracte... A més, la comprovació de si el contingut del contracte contradiu o no el caràcter gratuït del càrrec no és competència de la registradora, per tal com el dit contracte no té cap publicitat en el Registre Mercantil.

– La R. 31 octubre 2018 admet la inscripció de l'article estatutari d'una societat anònima d'assegurances (cotitzada), pel qual, després d'establir que la retribució pròpia dels membres del consell d'administració es limita a dietes i indemnització per comiat o mort, primes d'assegurança i contribució a sistemes d'estalvi, i sempre dins la quantitat màxima fixada per la Junta per retribuir el conjunt dels administradors, afegeix sens perjudici d'això d'abans, que els consellers que exerceixen funcions executives o professionals per a la societat tindran dret a percebre addicionalment les retribucions corresponents a l'exercici d'aquestes funcions, a més de preveure's també a la clàusula la celebració necessària del contracte de serveis entre el consell i l'administrador afectat, en termes substancialment idèntics als dels apartats tercer i quart de l'article 249 LSC. La clàusula qualificada ara no conté paràgraf que contradiu l'eventual reserva estatutària o la competència de la junta, i es limita a preveure el dret a percebre les retribucions addicionals que corresponguin a l'exercici de funcions executives, com també els sistemes retributius en termes substancialment coincidents amb la Llei.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16310)

Denega la inscripció en el Registre de la Propietat d'una escriptura de compravenda, atorgada per l'administrador de la societat venedora, el càrrec del qual no consta inscrit en el Registre Mercantil. El Notari autoritzant de la compravenda es limita a deixar constància de les dades de l'escriptura de nomenament d'administrador i de la seva manca d'inscripció, en formular el judici de suficiència de facultats representatives.

És doctrina consolidada que el nomenament dels administradors té efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció en el Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la inscripció prèvia en el Registre Mercantil del càrrec social o del poder general, com a requisit d'inscripció dels actes realitzats en exercici d'aquesta representació. El que passa és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i d'exactitud, el registrador mercantil n'haurà qualificat favorablement la regularitat i, per això, n'hi ha prou de completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, ha de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la designació vàlida del representant, en haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, convocat degudament i vigent en el moment del nomenament, inclosa l'acceptació del nomenat i, si és el cas, la notificació o el consentiment dels titulars dels anteriors càrrecs inscrits.



CAPITAL SOCIAL

R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15767)

Rebutja la inscripció d'una escriptura d'augment de capital d'una societat limitada per compensació de crèdits, que s'ha adoptat l'acord en junta convocada a la qual no assisteixen tots els socis, perquè no consta el justificant de recepció de la convocatòria individual que s'ha de dirigir a tots els socis segons els estatuts socials. Tampoc no consta que els administradors hagin complert les exigències dels articles 305 LSC i 198-4-2 RRM, que permeten al soci absent l'exercici del seu dret d'assumpció preferent.

En canvi, es desestimen els altres defectes de la qualificació. L'ordre del dia és prou clar en relació amb l'acord adoptat, ja que es refereix a un augment de capital amb emissió de noves participacions, recull els aspectes necessaris per a l'exercici del dret d'informació pels socis i, fins i tot, conté una referència a l'article 308 LSC reservant expressament el dret de subscripció preferent a favor del soci que no resultava creditor de la societat. D'altra banda, de l'informe dels administradors resulta que els préstecs objecte de compensació es van fer mitjançant ingrés al compte corrent de la societat en dates concretes i especificades.

COMPTES ANUALS

R. 27 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11212)

Rebutja el dipòsit de comptes anuals perquè consta inscrit en el full social el nomenament d'un auditor a instància de la minoria, i no s'acompanya amb l'informe de verificació corresponent (article 265-2 LSC).

R. 26 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14159)

Rebutja el dipòsit de comptes anuals d'una societat perquè, constant inscrit en el full social el nomenament pel registrador mercantil d'un auditor determinat a instància de la minoria, l'informe de verificació amb què s'acompanya està emès per un auditor diferent (article 265-2 LSC).

R. 10 octubre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16306)

Admet el dipòsit de comptes anuals d'una limitada. Si bé és cert que l'informe és desfavorable (cosa que implica una afirmació d'absència de fiabilitat dels comptes), també ho és que de l'informe resulta que l'auditor ha pogut desenvolupar la seva feina, sense que consti cap afirmació en contra o sobre la manca de compliment per la societat del seu deure de col·laboració.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre l'abast del sentit de l'informe d'auditor en relació amb el dipòsit de comptes. L'article 5 de la Llei d'auditoria permet distingir els casos en què l'auditor ha dut a terme la seva tasca dels casos en què no ha estat així, de manera que s'hi poden fer quatre tipus d'opinions tècniques: favorable, favorable amb excepcions, desfavorable i denegada. Les dues primeres impliquen que els comptes expressen la imatge fidel del patrimoni social, per la qual cosa es poden dipositar. En el cas d'informe denegat o d'informe amb opinió desfavorable no sempre s'ha de rebutjar el dipòsit, sinó que el barem que ha de servir de guia és la finalitat de la norma, que és la protecció de l'interès dels socis, els

tercers o el soci minoritari. Així, si de l'informe de l'auditor es pot deduir una informació clara sobre l'estat patrimonial de la societat, no se n'ha de rebutjar el dipòsit, tot i que l'auditor, per qüestions tècniques, no emeti opinió, ja que la denegació del dipòsit dels comptes, no solament desvirtuaria la finalitat d'aquest, sinó que sostrauria als socis i als tercers una informació mercantil rellevant.

En el supòsit resolt, sens dubte l'informe afirma que, respecte de determinades partides dels comptes o apartats de la memòria, ha mancat d'informació o de documentació de suport, de la qual cosa no resulta l'incompliment del deure de col·laboració, sinó la constatació d'un fet que, en el cas que es consideri per part legitimada com a causa de nul·litat, ha de ser al·legat judicialment. D'altra banda, l'absència de llibres d'actes de la societat no pot tenir la rellevància d'impedir el dipòsit comptable en no haver impedit l'auditor l'accés al coneixement de comptes i l'emissió del seu informe.

DENOMINACIÓ SOCIAL

R. 21 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9613)

Denega la reserva en el Registre Mercantil Central de les denominacions "Real Federación Española de e-Sports, SL", "Real Federación Española de Deportes Electrónicos, SL" i "Real Federación Española de Videojuegos y e-Sports, SL".

La Direcció ha rebutjat la inclusió en les denominacions de societats mercantils de termes com "fundació", "cooperativa", "associació" (R. 2 gener 2003), "institut universitari" (R. 14 maig 1998), "club de futbol" (R. 11 octubre 1984), així com termes que indueixen a error amb les denominacions d'entitats associatives religioses (R. 26 juny 1997). De la mateixa manera, la inclusió en la denominació social del terme "federació" indueix a confusió sobre la naturalesa de l'entitat que es pretén constituir. En el nostre ordenament les federacions esportives constitueixen un dels cinc supòsits d'associacionisme que preveu la Llei de l'Esport-1990 (articles 30-40). A més, la realització d'una activitat esportiva sota la forma d'una societat de capital s'ha de dur a terme necessàriament sota la forma de societat anònima esportiva a què es refereix el RD 1251/1999.

DOMICILI SOCIAL

R. 5 desembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17831)

Una societat limitada es troba dissolta –i el seu full registral cancel·lat–, de conformitat amb el que disposa l'apartat 3 de la transitoria primera de la Llei 2/2007 de societats professionals. Ara la Direcció denega la inscripció d'una escriptura de canvi de domicili social, confirmant la qualificació del Registre Mercantil de destinació. Cal presentar la documentació que permeti deixar sense efecte el contingut de la nota marginal de tancament i cancel·lació d'assentaments (hi ha una escriptura prèvia de canvi d'objecte i reactivació social).

JUNTA GENERAL

R. 17 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16472)

Admet la inscripció dels acords adoptats en junta general d'una societat anònima convocada mitjançant correu certificat amb avís de

rebuda. La redacció estatutària sobre convocatòria de la junta –que precisament es pretén modificar mitjançant el títol qualificat– és anterior a les reformes legals de 2011 i 2012, disposant com a primer sistema el d'anunci publicat al BORME i en un dels diaris de més circulació de la província, si bé quan totes les accions siguin nominatives es permet suplir aquestes publicacions mitjançant comunicació escrita a cada accionista.

És doctrina consolidada que els canvis normatius s'imposen sobre les previsions estatutàries, però només en la part en què aquestes siguin incompatibles amb una nova norma imperativa; perquè, en el cas contrari, preval el caràcter normatiu dels estatuts que han d'interpretar d'acord amb la intenció dels contractants i d'altres criteris d'interpretació dels contractes.

Així, en el supòsit resolt la Direcció interpreta que la voluntat dels socis va ser permetre que la forma legal de convocatòria pogués ser substituïda per la comunicació individual escrita, si així ho permetés la llei i en els termes en què aquesta ho fes.

R. 29 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17475)

Denega la inscripció directa d'una acta notarial de junta que reproduïx l'acord que modifica l'article estatutari sobre la durada del càrrec de membre del consell d'administració. Els acords sobre modificació d'estatuts han de constar en escriptura pública que s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil (article 290-1 LSC, articles 95-1 i 94-1-2 RRM). Per això, l'acta notarial presentada no és suficient, si bé pot servir de base per a l'elevació a públics dels acords que hi consten (article 107 in fine RRM).

LEGALITZACIÓ DE LLIBRES SOCIALS

R. 28 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17472)

Denega la legalització del llibre social descrit com "Libro Detalle de Actas del Consejo", referit a l'exercici 2017, però la sol·licitud de legalització del qual ha estat presentada telemàticament a mitjan 2018.

No queda clar l'objecte de la rogació. Els termes de la sol·licitud plantegen dubtes sobre si el que s'ha requerit és la legalització del llibre d'actes del consell d'un exercici ja vençut o si, en canvi, es tracta d'un llibre corresponent a l'exercici corrent –2018– com a llibre detall.

OBJECTE SOCIAL

R. 25 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11203)

Suspèn la inscripció d'una modificació d'objecte social, que passa a ser la producció, venda distribució i comercialització de tota classe d'energia solar.

L'article 12 Llei 24/2013 del sector elèctric, separa les activitats de transport i de distribució d'energia elèctrica, així com l'operació del sistema i del mercat, com a activitats regulades en règim de monopoli natural, la qual cosa es tradueix en l'exigència d'una forma jurídica determinada (societat mercantil, o cooperativa de consumidors o usuari) i d'un objecte exclusiu. La societat del supòsit inclou

en el seu objecte tant activitats en règim d'exclusivitat com altres activitats no regulades.

R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14864)

Suspèn la inscripció de l'escriptura de constitució d'una societat limitada l'objecte de la qual comprèn moltes activitats, per entendre que l'exercici de diverses d'aquestes exigeixen la submissió a normatives especials.

Les activitats jurídiques, comptables, fiscals, d'arquitectura, d'enginyeria, d'educació i de salut, exigeixen titulació universitària oficial i inscripció en el col·legi professional corresponent, per la qual cosa estan incloses en l'àmbit d'aplicació de la Llei 2/2007 de societats professionals, en no haver-se manifestat expressament que la societat és de mitjans, comunicació de guanys o intermediació. En canvi, sí que serien inscriptibles les activitats de programació i de consultoria informàtica: encara que, sens dubte, per a l'exercici de la professió d'enginyer en informàtica a Extremadura és necessària la incorporació al Col·legi Professional d'Enginyers en Informàtica d'Extremadura (article 3 de la Llei 5/2006, que el crea), el cert és que no hi ha norma que atribueixi a aquests enginyers en exclusiva la competència per a la programació i la consultoria informàtica.

D'altra banda, tampoc no es compleixen les normes específiques que regulen l'activitat bancària, d'assegurances i reassegurances, d'inversió en mercats financers, de fons de pensions i gestió de fons, activitats també incloses en l'objecte. I també s'ha de confirmar la qualificació negativa de les activitats reservades als poders públics i formulades en termes genèrics, com són: assumptes exteriors, defensa, justícia, ordre públic i seguretat, protecció civil i seguretat social obligatòria.

PARTICIPACIONS SOCIALS

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10160)

Denega la inscripció d'uns acords socials pels quals es modifica el règim estatutari de transmissió de les participacions d'una limitada, adoptats en junta amb el vot favorable de socis que representen el 66,687% del capital i amb el vot en contra de la resta de socis.

La Direcció confirma la qualificació segons la qual, atès que no han votat tots els socis a favor de la modificació del règim de transmissió de les participacions, s'ha d'acreditar el compliment dels requisits legals exigits per a l'exercici del dret de separació dels socis que no haguessin votat favorablement (article 346-2 LSC).

L'al·legació de la part recurrent sobre el caràcter abusiu de l'exercici del dret de separació per part de l'única sòcia que l'ha exercit és qüestió que excedeix de l'àmbit registral i que ha de solucionar-se en un procediment judicial de caràcter contradictori.

R. 30 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12557)

R. 31 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12559)

Admet la inscripció de la clàusula estatutària d'una limitada que prohibeix als socis constituir drets reals sobre les seves participacions o utilitzar-les com a garantia o amb qualsevol altre objecte que pugui donar com a resultat una transmissió d'aquestes.



Les restriccions estatutàries a la constitució de drets reals sobre participacions es justifica perquè aquests poden atribuir al seu titular drets que li permetin influir en la vida corporativa de la societat (per exemple, l'usdefruit i la penyora es poden fer servir per instrumentalitzar sindicats de vot). Per això no se'n pot rebutjar la inscripció, ja que, en permetre al soci la transmissió plena de les seves participacions, no esdevé "presoner" de la societat, no es pertorba la realització del valor patrimonial de les participacions amb una dificultat objectiva insalvable i no s'excedeixen els límits generals de l'autonomia de voluntat.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16311)

Admet la inscripció de la clàusula estatutària d'una limitada que prohibeix als socis constituir dret real de penyora sobre les seves participacions socials.

Les restriccions estatutàries a la constitució de drets reals sobre participacions es justifiquen perquè aquests poden atribuir al seu titular drets que li permetin influir en la vida corporativa de la societat (per exemple, l'usdefruit i la penyora es poden fer servir per instrumentalitzar sindicats de vot). Per això no se'n pot rebutjar la inscripció, ja que, en permetre al soci la transmissió plena de les seves participacions, no esdevé "presoner" de la societat, no es pertorba la realització del valor patrimonial de les participacions amb una dificultat objectiva insalvable i no s'excedeixen els límits generals de l'autonomia de voluntat.

PROTOCOL FAMILIAR

R. 26 juny 2018 (BOE 166, 10-VII-18: 9615)

Admet la inscripció d'una clàusula estatutària d'una limitada, segons la qual als socis que tinguin una determinada condició de membres de la família se'ls imposa la prestació accessòria no retribuïda d'haver de complir les disposicions pactades pels socis en el protocol familiar que consta en una altra escriptura, les dades de la qual es ressenyen, i que ha estat aprovat per unanimitat de tots els socis en la mateixa junta que va acordar la modificació d'estatuts.

Tot i que el contingut de la prestació accessòria no es detalla exhaustivament en els estatuts, no s'infringeix l'article 86 LSC, ja que aquesta norma no exigeix necessàriament que s'expressi el contingut concret i determinat, sinó que n'hi ha prou amb la constància estatutària dels trets bàsics de la prestació; és a dir, una concreció primària o mediata que estableixi els criteris de la ulterior determinació, de manera que no quedi a l'arbitri d'una de les parts ni es necessiti un nou conveni entre elles. En el supòsit resolt, l'obligació en què consisteix la prestació accessòria està perfectament identificada en l'escriptura les dades de la qual es ressenyen, tant per als socis actuals (que l'han aprovat unànimement) com per als futurs.

SOCIETATS PROFESSIONALS

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11301)

Denega la inscripció en el Registre Mercantil d'un apoderament conferit per l'administrador únic d'una societat limitada, que perviu com a societat no professional, si bé el seu objecte està integrat per

activitats compreses dins l'àmbit d'aplicació de la Llei 2/2007 (redacció de projectes propis d'arquitectura i enginyeria).

La societat es troba dissolta de ple dret i el seu full registral està tancat, per efecte de la transitòria primera de la Llei 2/2007. Amb motiu de l'obligació d'adaptar les societats anònimes a les noves normes promulgades el 1989, la Direcció va elaborar una doctrina segons la qual, tot i la sanció de dissolució de ple dret imposada literalment a les societats que no s'adaptessin a termini, aquestes es podien reactivar (actual article 370 LSC). Així, per poder inscriure el títol qualificat, cal reactivar la societat prèviament i adequar-la a l'ordenament jurídic; i només després se'n podran fer les modificacions que la seva junta general consideri oportunes.

R. 5 desembre 2018 (BOE 312, 27-XII-18: 17829)

Admet la inscripció de l'escriptura de constitució de la mercantil denominada "Veterinarios Specivets, SL", constituïda com a societat no professional.

Encara que, sens dubte, la denominació social inclou la referència a una professió, no indica necessàriament que es tracti d'una societat professional l'objecte de la qual el constitueixen uns serveis professionals. De fet, en la definició estatutària de l'objecte es determina expressament que es tracta d'una societat d'intermediació en l'activitat veterinària, la qual és imputable directament als socis i no a la societat, que actua exclusivament com a intermediària i coordinadora de les prestacions, quedant per tant exclosa de l'àmbit d'aplicació de la Llei 2/2007.

UNIPERSONALITAT

R. 7 desembre 2018 (BOE 315, 31-XII-18: 18129)

Rebutja la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords adoptats pel soci únic, si bé la unipersonalitat no consta en el Registre Mercantil ni s'acredita al Notari. Els acords es refereixen al cessament de l'administrador únic amb nomenament d'un de nou, que és qui atorga l'elevació a públic, requerint al Notari perquè faci la notificació de l'article 111 RRM a l'administrador sortint, que formula oposició.

Sens dubte, és doctrina consolidada que la manca d'inscripció de la unipersonalitat no és obstacle per a la inscripció d'acords, però sense perjudici de les regles sobre legitimació per a l'elevació d'acords a públic; i sense perjudici de la necessària acreditació de la condició d'unipersonalitat davant el Notari autoritzant, la qual cosa es pot fer mitjançant exhibició, testimoni o certificació del llibre de registre de socis o mitjançant l'aportació dels documents públics dels quals resulti la titularitat del soci únic. En aquest supòsit, el mateix Notari autoritzant adverteix expressament que no se li ha acreditat de cap manera la situació d'unipersonalitat.

SUCCESSIONS

ACCEPTACIÓ D'HERÈNCIA

R. 28 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14162)

Admet una immatriculació de finques en virtut de dues escriptures d'herència. A la primera, atorgada el 2016, una filla accepta

l'herència de la seva mare, integrada per finques cadastrades a nom de la causant que es manifesten adquirides dels pares d'aquesta, avis de l'atorgant. Com a títol previ, s'aporta una altra escriptura, atorgada el 2018 per la mateixa compareixent, qui manifesta reiterar l'acceptació tàcita i l'adjudicació que la seva mare va fer al seu dia de l'herència dels seus pares, morts 25 anys abans que la filla.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre interpretació de l'article 205 LH actual quan el avantítol és d'herència: el termini d'un any exigít per la norma pot computar des de la defunció del causant de l'herència, moment des del qual s'entén adquirida la propietat dels béns hereditaris (articles 657 i 989 Cc) i la seva possessió (article 404).

Però en el cas resolt, la qüestió és determinar si som davant un supòsit de *ius transmissionis* de l'article 1006 Cc, cas en què, morta la filla sense haver acceptat ni repudiat l'herència dels seus pares, passaria el dret de fer-ho a la seva filla, que succeiria directament els seus avis, per la qual cosa no hi hauria doble títol immatriculable, o si, en canvi –com entén la Direcció–, es tracta de dues herències successives, que permeten la immatriculació. Els 25 anys transcorreguts entre la mort dels primers causants i la mort de la seva filla són molt de temps perquè els actes d'administració i de conservació de l'herència no s'hagin realitzat sinó amb la qualitat d'hereva. La S AP Toledo 16 juny 2016 ha considerat com a acte d'acceptació tàcita de l'herència la inscripció catastral a nom de l'hereu.

DESHERETAMENT

R. 5 octubre 2018 (BOE 256, 23-X-18: 14548)

El causant, de nacionalitat holandesa i resident a Espanya, va atorgar davant Notari espanyol el seu últim testament, en el qual va manifestar el seu desig que la seva successió es regís per la Llei espanyola com a llei de la seva residència habitual, de conformitat amb el Reglament UE 650/2012 de Successions; va desheretar els seus tres fills per la causa de l'article 853-2 Cc; va instituir hereus els seus sis nets per parts iguals, i va nomenar marmessor comptador partididor amb totes les facultats legals.

Ara s'admet la inscripció de l'escriptura de la seva herència, que ha estat atorgada davant la mateixa Notària per un apoderat en representació de tots els fills i nets. En el cas dels nets menors d'edat, el poder ha estat atorgat pels pares titulars de la pàtria potestat, dels quals: el progenitor que no és fill del causant va actuar com a representant del menor; i el que sí que ho és –i que per tant té conflicte d'interessos amb el menor– va intervenir per no oposar-se a la representació de l'altre progenitor, segons exigeix la legislació holandesa. En l'escriptura d'herència es manifesta que els desheretats neguen la causa de desheretament; i que els interessats convenen que la negació de la causa de desheretament anul·la la institució d'hereus quan perjudiqui la llegítima estricta dels desheretats; opten per prescindir del marmessor; ratifiquen l'acceptació a benefici d'inventari feta a Holanda, i parteixen l'herència a raó d'un terç per als fills desheretats, i dos terços per als nets hereus.

No hi ha obstacle a prescindir del comptador partididor. Sens dubte, la S TS 20 octubre 1992 ho va admetre en un supòsit on hi va haver unanimitat dels hereus, que eren majors d'edat. En les herències on hi ha menors degudament representats, la Direcció entén que

també es pot prescindir del comptador partididor, llevat que del testament resulti que la voluntat del testador va ser nomenar-ne perquè intervinguessin també en aquest cas.

D'altra banda, hi ha conformitat de tots els afectats, no és necessària aprovació judicial per admetre la inexistència o anul·lació de la causa de desheretament. Tampoc no cal defensor judicial dels menors representats en l'herència, l'estatut personal dels quals es regeix pel Dret holandès. L'article 1253 Codi civil holandès recull els mateixos principis que l'article 163 Cc espanyol, però amb la particularitat que el progenitor no representant pot oposar-se a l'acte atorgat en representació del menor. Per això el poder del supòsit ha estat atorgat, respecte de tots els menors, pels seus respectius dos progenitors, cadascun dels quals en el concepte indicat.

No cal aprovació judicial per a l'acceptació a benefici d'inventari, que va ser realitzada en un jutjat holandès, la qual cosa té conformitat amb l'article 28 Reglament 650/2012, que subjecta l'acceptació o la renúncia, bé a la llei aplicable a la successió, bé a la llei de la residència habitual del declarant. Tampoc no cal autorització judicial per a la partició de l'herència, tot i que s'anul·la el desheretament i es parteix de forma diferent a l'ordenada en el testament. La veritat és que la línia que delimita l'acte de partició del dispositiu no és nítida; i, a més, la partició de l'herència no només s'ha d'ajustar a la voluntat del testador, sinó també a les normes imperatives, com les reguladores de les llegítimes, tenint en compte que falta en aquest supòsit la prova de la certesa de la causa de desheretament.

HEREU ÚNIC

R. 19 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16980)

Suspèn la inscripció d'una instància subscripta per l'hereu únic i la seva mare –vídua del causant–, en la qual se sol·licita la inscripció d'unes finques a nom del primer, sobre la base d'un testament que llegava a la vídua l'usdefruit universal vitalici i va instituir el fill com a hereu únic.

La possibilitat d'inscriure l'adjudicació d'herència mitjançant instància privada (article 14 LH i 79 RH té com a pressupòsit la institució d'un hereu únic sense que hi hagi persona amb dret a la llegítima. No obstant això, en el supòsit concorren cònjuge vidu i hereu, tots dos hereus forçosos o legitimaris (articles 806 i 808 CC), per la qual cosa no és possible prescindir de la titulació pública.

HERÈNCIA JACENT

R. 9 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10445)

Admet, sense necessitat de nomenament de defensor judicial, la inscripció d'un decret d'adjudicació en procediment d'execució hipotecària seguit contra un dels dos codeutors, que ha estat citada personalment i resulta acreditat que és la neboda de l'altre codeutor (i hipotecant) ja mort.

El nomenament de defensor judicial de l'herència jacent no s'ha de convertir en una exigència formal excessivament onerosa i s'ha de limitar als casos en què la crida a hereus desconeguts sigui purament genèrica. En aquest cas, en haver-se demandat la possible hereva del titular mort (articles 946 i següents Cc), no hi indefensió. És



doctrina de la Direcció admetre l'emplaçament de l'herència jacent a través d'un possible interessat, encara que no se n'hagi acreditat la condició d'hereu ni, per descomptat, la seva acceptació.

R. 10 juliol 2017 (BOE 178, 24-VII-18: 10448)

Denega la inscripció d'una sentència que declara adquirida una finca per usucapió, com a resultat de procediment ordinari seguit contra els desconeguts hereus del titular registral, sense nomenament i intervenció d'un defensor judicial de l'herència jacent.

És doctrina consolidada de la Direcció en observança del principi de tracte successiu rebutjar la inscripció de resolucions judicials dictades contra l'herència jacent, o hereus desconeguts d'una persona morta, per haver-se dirigit la demanda contra els seus hereus indeterminats –sense més precisió–, quan hauria estat procedent dirigir-la contra hereus certs i determinats, o bé contra l'administrador judicial nomenat a aquest efecte.

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11319)

Admet la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en execució judicial d'hipoteca seguida contra l'herència jacent i hereus desconeguts del titular registral. El Jutjat primer va intentar infructuosament la notificació al domicili de la inscripció d'hipoteca; després de fer diverses recerques per identificar possibles hereus, va requerir dues cosines del causant, que van comparèixer en el procés i van renunciar a l'herència.

La Direcció recapitula la seva doctrina que, en general, denega la inscripció de resolucions judicials dictades contra l'herència jacent del titular registral, o els seus hereus indeterminats, i exigeix el nomenament d'un administrador judicial. No obstant això, la Direcció també entén que aquest nomenament no s'ha de convertir en una exigència formal excessiva i que s'ha de limitar als casos en què la crida a hereus desconeguts sigui purament genèrica; de manera que, si s'ha requerit a interessats concrets com a possibles hereus del titular –com passa en el supòsit resolt–, no hi indefensió de l'herència jacent, sinó que hi haurà hagut possibilitat suficient d'intervenció en defensa dels interessos d'aquesta.

R. 4 setembre 2018 (BOE 231, 24-IX-18: 12915)

Denega la inscripció d'una sentència que declara l'adquisició mitjançant prescripció per part de l'actor. Han estat demandats els dos cònjuges titulars registrals i, constant la mort de l'esposa, tres persones més respecte de les quals no s'aclareix en quin concepte se'ls demanda.

No és possible la inscripció fins que el Jutjat aclareixi el dit concepte. Si se'ls hagués demandat com a únics hereus de la cotitular morta, seria necessari acreditar aquest aspecte mitjançant el títol successori oportú. Si, en canvi, es tractés d'un cas de demanda a l'herència jacent, n'hi hauria prou d'acreditar que algun dels demandats reuneix la condició d'hereu, cert o presumpte, sense que sigui necessari el nomenament de defensor judicial. La Direcció recorda la seva doctrina: aquest nomenament no s'ha de convertir en una exigència formal excessivament onerosa i s'ha de limitar als casos en què la crida a hereus desconeguts sigui purament genèrica, i per això no és necessari quan s'hagi requerit a interessats concrets com

a possibles hereus del titular, la qual cosa exclou la indefensió de l'herència jacent.

IDIOMA DE LES DISPOSICIONS D'ÚLTIMA VOLUNTAT

R. 18 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11303)

Confirma la qualificació que suspèn la inscripció en el Registre d'Alcanyís d'una escriptura d'herència que incorpora testimoni del testament del causant, estant tots dos documents –herència i testament– atorgats davant Notari de Barcelona i redactats en català, d'acord amb la lliure elecció de l'hereva per ser la llengua d'expressió habitual del difunt. En l'escriptura d'herència es fa constar també que, d'acord amb l'article 412 del Codi de Dret Foral d'Aragó, es poden autoritzar en la llengua pròpia de la franja oriental d'Aragó, tant el testament com l'acceptació d'herència en ser document complementari del testament.

La registradora suspèn la inscripció perquè el català no és llengua oficial a l'Aragó i ella manifesta desconèixer-lo, per la qual cosa exigeix traducció autèntica o jurada al castellà, tant de l'herència com del testament.

Segons l'article 7 del seu Estatut d'Autonomia, les llengües i les modalitats lingüístiques pròpies no tenen el caràcter de llengües cooficials a l'Aragó, sens perjudici del seu foment i protecció legals. En desenvolupament d'aquest precepte, l'article 4-1 Llei 3/1999 de patrimoni cultural aragonès diu que les modalitats lingüístiques al·ludides pròpies són l'aragonès i el català d'Aragó incloses les seves varietats dialectals. De l'article 2 de la Llei 3/2013 d'ús, protecció i promoció de les llengües i modalitats lingüístiques pròpies de l'Aragó, resulta que l'única llengua oficial és el castellà. El seu article 21 permet redactar els instruments notariais en qualsevol de les llengües o modalitats lingüístiques pròpies de l'Aragó, però només en els supòsits i les condicions previstes en la legislació civil aplicable. El Codi de Dret Foral recull aquesta possibilitat, però no per a qualsevol instrument, sinó només respecte de les disposicions d'última voluntat: testaments (421), pactes successoris (382) i capítols matrimonials (196); i això tot i que l'autoritzant no conegués la llengua escollida per l'atorgant, la qual cosa se supleix amb un intèrpret no necessàriament oficial. Aquest règim lingüístic especial de les disposicions d'última voluntat es justifica en la importància de la interpretació literal en els actes *mortis causa*, la qual cosa no és extrapolable a l'acceptació d'herència, que és acte inter vivos.

LLEGATS

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10164)

El testador, sense legitimaris, va llegar un local a una parròquia, si bé, ni va autoritzar la legatària per possessionar per ella mateixa del llegat, ni va instituir hereu, ni va nomenar marmessor o comptador partididor. Ara es denega la inscripció d'una escriptura d'acceptació i de presa de possessió d'aquest llegat, atorgada només per la representació de la legatària, manifestant que la parròquia posseeix la finca des d'abans de l'obertura de la successió i que consta cadastrejada al seu favor.

Tot i que es podria pensar que el lliurament es refereix només a la possessió, perquè en el llegat de cosa específica del testador el legatari adquireix la propietat des de la mort d'aquest (article 882 Cc), és doctrina de la Direcció que tot llegat està subordinat al pagament de deutes i llegítimes. La dispersió dels béns perjudicaria la integritat de la massa hereditària i, per tant, els creditors. Com que no és possible el lliurament d'aquest llegat a cap de les formes previstes en l'apartat a) de l'article 81 RH, és aplicable el seu apartat c), i procedeix la declaració d'hereus abintestat. Respecte de les altres al·legacions: la prescripció escapa de l'àmbit de la qualificació, i és competència judicial; la titularitat resulta de la inscripció tabular, que preval sobre la cadastral; per acreditar la possessió del legatari és insuficient la mera manifestació de la part interessada que no acredita la notorietat del fet, la qual cosa es podria fer mitjançant l'acta de l'article 209 RN, amb la qual cosa s'acreditaria la possessió continuada del local en el concepte que correspongui i fos suficient per entendre que l'entitat legatària es troba en possessió de la cosa llegada i no n'és necessari el lliurament.

LLEGÍTIMA

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10167)

La testadora tenia 4 fills. Abans de la vigència de la Llei 5/2015 de Dret Civil Basc, va instituir hereus dos d'ells (i altres persones) a raó de deu dotzens, i a les altres dues filles els va deixar per via de llegat el que per llegítima estricta els correspongués (un senzill compte matemàtic permet entendre que un dotzè per a cadascuna). La testadora mor un cop vigent la Llei basca esmentada, que permet triar un o diversos dels legitimaris, apartant els altres de forma expressa o tàcita. Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'herència atorgada només pels hereus, sense compareixença de les dues legatàries, al·legant que l'atribució a aquestes de només la seva llegítima estricta és un indicatiu que la voluntat de la causant era deixar-los el menor contingut de drets possible.

En definitiva, es tracta d'interpretar la voluntat de la testadora per esbrinar si el que ella va disposar va ser un llegat de llegítima o un apartament tàcit. A falta de voluntat expressada clarament, no resulta creïble la interpretació segons la qual la institució d'hereus en deu dotzens pretén deixar vacants els altres dos dotzens, respecte dels quals s'obriria la successió intestada. Per tant, s'ha de concloure que la voluntat de la testadora va ser que en aquests dos dotzens restants succeïssin les legatàries de llegítima i que per això no es disposa d'elles en el testament, i és necessària la seva compareixença en la partició.

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10168)

El causant era aforat biscaí i, al testament atorgat dos dies abans de la vigència de la Llei 5/2015 de Dret Civil Basc, va instituir hereva única —en els béns no troncal— la seva vídua i va desheretar el seu únic fill per haver-lo injuriat greument de paraula (article 853-2 Cc), apartant i excloent expressament de la seva herència els seus altres parents no cridats a aquesta, de conformitat amb el que estableix la Legislació Foral de Biscaia. Ara, havent mort el testador amb la nova Llei vigent, es discuteix si és inscripció la instància per la qual la dona, com a hereva única, s'adjudica tota l'herència. El registrador s'oposa perquè no s'ha manifestat si el fill desheretat té o no descendència que ocupi els drets del desheretat en la llegítima.

Amb tot, la Direcció estima el recurs i admet la inscripció. Sens dubte els descendents del fill desheretat ocuparien el seu lloc en la llegítima (article 857 Cc); i la manca de legitimaris és fonamental per a admetre la instància d'hereu únic com a títol inscripció (articles 14 LH i 79 RH). Però el causant és aforat basc i la seva mort s'ha produït amb la Llei 5/2015 vigent, que preveu l'apartament de legitimaris en el seu article 48. És clara la voluntat del testador d'excloure el seu fill de l'herència. I l'exclusió expressa que realitza dels parents no cridats, produeix indubtablement un apartament de la resta de descendents en la llegítima.

R. 21 novembre 2018 (BOE 299, 12-XII-18: 16981)

Un causant de veïnatge català va instituir hereva la seva parella de fet; i va morir sense fills, deixant com a legitimària la seva mare. Mitjançant escriptura atorgada al maig de 2016 l'hereva, per ella mateixa i com a mandatària verbal de la mare (que havia mort després del seu fill, però ja a l'abril de 2016), lliura a aquesta una quota de finca en pagament de la seva llegítima.

Ara s'admet la inscripció d'una escriptura per la qual l'hereva única de la legitimària, afegeix a l'herència d'aquesta la quota de finca que li havia estat cedida en pagament de la seva llegítima en l'herència del seu fill.

Sens dubte en Dret català la llegítima dels progenitors s'extingeix si el creditor mor sense haver-la reclamat judicialment o notarialment (article 451-25.2 Codi civil català). Però dels antecedents ressenyats queda palès que la legitimària i l'hereva han negociat prèviament la forma de satisfer el crèdit legitimari, partint de la base que l'hereva —de veïnatge català— vol pagar-lo, de manera que aquest reconeixement la vincula segons l'article 111-8 Ccc (doctrina dels actes propis). Havent mort la legitimària, la seva hereva la succeeix en tots els seus drets i obligacions i, per tant, en els crèdits a favor seu (article 411-1 Ccc).

R. 29 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17474)

Un dels cinc fills de la testadora va demandar els seus quatre germans, com a hereus de la seva mare, que van ser condemnats a atorgar una escriptura de lliurament judicial del llegat que havia ordenat la testadora en pagament de la llegítima del demandant. Ara es denega la inscripció de l'escriptura de partició i d'adjudicació d'herència, atorgada només pels quatre hereus, sense intervenció del legitimari demandant. No n'hi ha prou amb l'escriptura de lliurament judicial de llegat, sinó que és necessària la concurrència de tots els legitimaris en la formació d'inventari, l'avaluació i el càlcul de la llegítima, atesa la qualitat especial del legitimari en el nostre Dret comú com *pars bonorum*. Les esmentades operacions no van ser realitzades pel testador, que es va limitar a donar unes normes de partició en ordenar un llegat de cosa amb delimitació de quota legitimària.

D'altra banda, el nom de la causant presenta diferències amb el nom de la titular registral, de manera que no es pot apreciar l'existència de tracte successiu. Davant l'al·legació que l'assentament és incorrecte perquè arrossega l'error contingut en el títol de concentració parcel·lària que el va motivar, el procedent és que l'error sigui esmenat per l'Administració actuant. Mentrestant, l'assentament està sota la salvaguarda dels tribunals i la seva rectificació exigeix el



consentiment o la demanda a tots els qui es veurien afectats per la rectificació (article 40-d LH).

PARTICIÓ

R. 29 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17476)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de protocol·lització de quadern de partició confeccionat per comptador partidador designat en procediment contenciós de divisió judicial d'herència (article 787-2 LEC).

Ha d'acreditar l'aprovació de les operacions de partició mitjançant decret del lletrat de l'Administració de Justícia, que és supòsit de la protocol·lització. A més, no només ha de constar el decret d'aprovació que fonamenta l'actuació notarial, sinó que n'ha de resultar la fermesa. Finalment, el quadern protocol·litzat no n'hi ha prou que sigui mera còpia aportada pel comptador partidador, sinó que s'ha de tractar de testimoni lliurat per lletrat de l'Administració de Justícia, que és qui exerceix amb exclusivitat i plenitud la fe pública judicial (article 145 LEC).

PRETERICIÓ

R. 2 agost 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12725)

El testador, de veïnatge gallec, va llegar l'usdefruit universal a la seva esposa i va nomenar hereves les seves dues filles: a l'una, a raó de cinc sisenes parts; i a l'altra, a raó d'una sisena part. Posteriorment va adoptar un altre fill; però va morir sense haver modificat el testament. La vídua va instar la declaració d'hereus abintestat, en la qual el Notari, després de qualificar la preterició del tercer fill com no intencional, ha declarat els tres fills hereus abintestat per parts iguals.

Ara la Direcció denega la inscripció de l'escriptura de protocol·lització d'operacions de liquidació de guanys i herència basada en la dita declaració d'hereus. L'escriptura és atorgada únicament per la vídua i el comptador partidador nomenat en els termes dels articles 295 i següents de la Llei 2/2006 de Dret Civil de Galícia.

La preterició no intencional d'un legitimari descendent faculta el preterit per obtenir la declaració de nul·litat de la institució d'hereu (article 259 Llei dret civil de Galícia), però no imposa com a efecte immediat, automàtic i *ex lege* la nul·litat de la institució d'hereu. De fet, el preterit pot renunciar o transigir respecte de l'acció de preterició. A més, en estar les hereves en aquest cas constituïdes en parts desiguals, la nul·litat no solament tindria un efecte "corrector" del testament per evitar l'omissió del preterit, sinó que també generaria una igualació de porcions hereditàries contrària a la voluntat expressa del testador.

Sens dubte és doctrina clàssica (resolucions de la primera meitat del segle XX) entendre vàlida la partició o transacció pels hereus sense necessitat de la declaració de nul·litat prèvia de la institució en el cas de preterició; però aquesta doctrina no és aplicable a aquest cas, en el qual no consta l'acord exprés entre tots els hereus —instituits i preterits. La R. 13 setembre 2001 va exigir la constància expressa del conveni entre els interessats per inscriure una partició que havia estat atorgada en el seu nom i apreciar també el caràcter no intencional d'una preterició.

SUBSTITUCIÓ

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10166)

El testador va llegar determinats béns a cadascun dels seus dos fills, als quals a continuació va instituir hereus "amb dret de representació en favor dels seus descendents respectius, que també es donarà en el llegat". Ara la Direcció admet la inscripció de l'escriptura d'herència en la qual els fills renuncien al llegat, el consideren refós en l'herència i parteixen únicament en la seva condició d'hereus. El que es debat és si la clàusula entre cometes és un dret de representació —que només pot tenir lloc en la línia recta descendent (article 925 CC) i queda exclòs en el cas de renúncia (article 929 CC—, o una substitució; sent aquesta última l'opinió del registrador, la qual cosa el porta a exigir el consentiment dels descendents per inscriure el títol.

No hi ha dubte que el testador, en exercici de la seva llibertat de testar, pot sotmetre la seva successió al dret de representació de l'article 924 Cc. En el supòsit resolt cal esbrinar quina va ser la seva voluntat, sent doctrina reiterada que les clàusules del testament s'han d'interpretar d'acord amb el sentit literal de les seves paraules, llevat que aparegui clarament que la voluntat del testador va ser una altra (article 675 CC); i que és lògic entendre que les paraules emprades en un testament autoritzat pel Notari tenen el significat tècnic que els assigna l'ordenament. Cal concloure que va ser voluntat del testador establir una substitució vulgar per als casos de representació de la successió intestada, cosa que implica, atesa la renúncia del legatari, la refosa del llegat en la massa de l'herència.

TESTAMENT

R. 1 agost 2018 (BOE 227, 19-IX-18: 12721)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència, perquè en el testament del causant (atorgat davant el Cònsol General d'Espanya a Estrasburg, en funcions notariales) no s'esmenta l'hora de l'atorgament, que és circumstància obligatòria segons l'article 695 CC; l'omissió incorre en la nul·litat prevista en l'article 687.

Per a la Direcció no és possible en puritat l'esmena pel mateix Notari segons l'article 153 RN, una possibilitat que només és procedent quan es pot comprovar amb claredat meridiana que es tracta d'un error material, ja que resulta així del context del document i els immediatament anteriors i posteriors, dels documents públics tinguts en compte per a l'autorització i dels que provin fefaentment fets o actes consignats en el document esmenat. Aquesta esmena unilateral és excepcional i, per això, els supòsits en què s'admet han de ser interpretats restrictivament. Només procedeix per defectes formals, però no per afectar el fons, les clàusules o les estipulacions, i es requereix en aquest cas el consentiment dels atorgants o drethavents. En conseqüència, aquest precepte no és aplicable al supòsit resolt, perquè es refereix només als documents inter vivos, ha de ser interpretat restrictivament i, a més, les formes dels testaments tenen caràcter ad solemnitatem.

Amb tot, la S TS 20 març 2012 va admetre l'aplicació de l'article 153 RN per, més que esmenar, completar les circumstàncies de data i hora omeses per error material en un testament, deduint-les d'altres documents públics, entre els quals s'inclourien els instruments immediatament anteriors i següents. Així, el TS diu que la consulta als

índexs permetria determinar la data omesa; si els documents immediatament anterior i posterior són testaments on consti l'hora d'atorgament, acotarien l'espai de temps del testament intermedi; i si no fos possible determinar l'hora, n'hi hauria prou d'emetre testimoni en relació amb el que resulti de l'existència o inexistència d'un altre testament del mateix testador en la mateixa data.

TÍTOL SUCCESSORI

R. 17 setembre 2018 (BOE 241, 5-X-18: 13572)

Denega la inscripció d'una escriptura de liquidació de guanys i partició d'herència, a la qual s'incorporava un testimoniatge d'acte judicial sobre procediment de testamentària pel qual s'acordava l'adjudicació dels béns del causant (que eren de guanys). El títol presentat no és una simple protocol·lització de partició judicial, sinó que verifica també una liquidació prèvia de guanys a la qual han de concórrer tant el cònjuge vidu com tots els hereus; però, en l'escriptura qualificada falta el consentiment d'una filla i hereva.

D'altra banda, tant l'escriptura com l'acte es limiten a realitzar l'adjudicació hereditària, però sense expressar ni testimoniar el títol successori del causant, i sense que tampoc s'aportin els certificats de defunció i últimes voluntats.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre constància del títol successori a les adjudicacions d'herència. Hi ha un règim diferent per testament i declaració d'hereus abintestat. En el testament preval la voluntat del causant que constitueix la llei de la successió; per això, la seva qualificació ha de ser integral, com la de qualsevol altre títol inscripció, incloent no només la legalitat de les formes extrínseques, sinó també la capacitat de l'atorgant i la validesa de les seves clàusules. S'ha d'aportar al Registre, tant en còpia autoritzada com en testimoni per exhibició, i fins i tot relacionat en l'escriptura de partició, però en aquest darrer cas no n'hi ha prou que el Notari relacioni succintament les seves clàusules, sinó que ha d'afirmar l'exactitud de concepte entre el relacionat i l'original, amb la constància expressa de no existir clàusules que ampliïn o modifiquin l'inserit. No obstant això, en la declaració d'hereus és rellevant constatar els fets dels quals deriva l'atribució legal de drets successoris; de manera que el Notari pot constatar documentalment aquests aspectes mitjançant una transcripció total o parcial d'aquests o bé mitjançant un testimoni en relació, els quals queden sota la fe pública notarial, cosa que satisfà l'exigència de documentació autèntica per a la inscripció, sempre que resultin els elements imprescindibles per a la qualificació. No cal acompanyar ni testimoniar els certificats de defunció i d'últimes voluntats, que l'article 76 RH exigeix només per a l'herència testada, mentre que en la intestada només cal consignar els detalls de la declaració judicial o notarial en la tramitació de la qual ja s'hauran aportat els dits certificats (R. 3 abril 1995).

TRANSMISSIÓ

R. 5 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10165)

El primer causant va instituir hereus els seus fills, un dels quals va morir després sense haver acceptat ni repudiat l'herència del seu pare, deixant vídua, i la mare com a hereva intestada. Ara es denega la inscripció de l'herència del primer causant, atorga-

da només pels seus fills supervivents i per la seva esposa, com a usufructuària i com a transmissària del fill mort. És necessària també la intervenció de la vídua del transmissor en la partició de l'herència del primer causant.

La Direcció recorda la seva doctrina després de la S TS 11 setembre 2013. El dret de transmissió de l'article 1.006 Cc no és una nova delació hereditària, ni fracciona el *ius delationis* de l'herència del causant, que manté la seva unitat orgànica i funcional. Els transmissaris, en acceptar l'herència del transmissor, succeeixen directament el causant (la del transmissor és una altra successió). En un primer moment, la Direcció extreia com a conseqüència que, en l'herència del primer causant, no era necessària la intervenció del cònjuge i d'altres legitimaris del transmissor, sinó tan sols la dels transmissaris. No obstant això, en resolucions recents es matisa aquesta conseqüència, segons si el transmissari accepta l'herència del primer causant o hi renuncia. Els supòsits en què la Direcció ha entès que en l'herència del primer causant no cal la intervenció dels legitimaris del transmissor es refereixen a casos en què el transmissari hi renuncia. Amb tot, quan se l'adjudica, el *ius delationis* té valor patrimonial per la qual cosa ha de computar a l'efecte de determinar l'import de la llegítima del transmissor; i al cònjuge vidu se li reconeix la mateixa protecció que a la resta d'hereus forçosos.

R. 28 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14163)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència, el causant de la qual va morir sota testament en què instituïa hereus els seus cinc fills, un dels quals morí cinc anys després que el seu pare, sense haver acceptat ni repudiat l'herència d'aquest, i deixant dues filles, declarades hereves abintestat seves sense perjudici de la quota usufructuària de la vídua. L'escriptura d'herència qualificada ha estat atorgada només pels quatre fills supervivents i per les dues netes, filles del fill mort. És necessària la intervenció de la vídua d'aquest.

La Direcció recapitula la seva doctrina més recent sobre el dret de transmissió després de la S TS 11 setembre 2013. El dret de transmissió de l'article 1.006 Cc no és una nova delació hereditària, ni fracciona el *ius delationis* de l'herència del causant, que manté la seva unitat orgànica i funcional. Els transmissaris, en acceptar l'herència del transmissor, succeeixen directament el causant. En un primer moment, la conseqüència que la Direcció extreia d'aquesta sentència era que, en l'herència del primer causant no era necessària la intervenció del cònjuge i altres legitimaris del transmissor, sinó tan sols la dels transmissaris. Això no obstant, en resolucions més recents es matisa la interpretació de l'esmentada sentència, la qual pretenia només resoldre la qüestió de si el comptador partidori del seu supòsit hauria d'haver individualitzat la quota corresponent a cada transmissari en lloc de formar un únic lot corresponent al transmissor. Ara el criteri de la Direcció és que el *ius delationis*, si bé s'exerceix de manera directa –sense passar per l'herència del transmissor–, només es pot referir a l'acte d'acceptar o de repudiar l'herència del primer causant, però no ha de vulnerar les llegítimes. Encara que aquest dret consisteix en una opció del transmissari, la veritat és que té valor patrimonial per la qual cosa ha de computar a l'efecte de determinar l'import de la llegítima del transmissor; i al cònjuge vidu se li reconeix la mateixa protecció que a la resta d'hereus forçosos.



TRACTE SUCCESSIONU

R. 4 juliol 2018 (BOE 174, 19-VII-18: 10159)

Denega la inscripció d'una escriptura d'addició d'herència, l'atorgant de la qual (filla del causant) s'adjudica una meitat indivisa de finca que es declara adquirida pel seu pare per compra mitjançant document privat que "s'eleva a públic i queda incorporat a aquesta escriptura".

Com que el domini està inscrit a nom d'una persona diferent del transmissor, no es pot accedir a la inscripció mentre no es presentin els títols oportuns que acreditin les diferents transmissions efectuades, o s'acudeixi a algun dels mitjans de represa del tracte interromput (article 208 LH). En concret, la venda privada ha de ser objecte d'una veritable escriptura d'elevació a públic on expressen el seu consentiment contractual tots els hereus de transmissors i adquirentes.

R. 26 juliol 2018 (BOE 188, 4-VIII-18: 11204)

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11320)

En la jurisdicció civil el principi de rogació imposa que el contingut de la demanda i la designació dels demandats queda sota la responsabilitat del demandant; i com que es presumeix que existeixen i pertanyen al titular els drets inscrits segons l'assentament (article 38 LH), el titular demandat sempre ha de ser demandat en el procediment per evitar-ne la indefensió, sens perjudici de poder anotar preventivament la demanda.

Sens dubte, la S TS 16 abril 2013 ha declarat que, quan la inscripció ve ordenada per una resolució judicial ferma de la qual es pretén l'execució, correspon al jutge la decisió sobre el compliment dels requisits propis de la contradicció processal. Però aquesta doctrina no es pot extrapolar. La sentència esmentada es referia a l'execució d'una sentència contenciosa administrativa, àmbit en el qual el Tribunal té màxima responsabilitat i iniciativa en l'execució de la sentència, cosa que inclou definir quin tipus d'intervenció ha de tenir el tercer per evitar-ne la indefensió.

En aplicació d'aquesta doctrina:

– En el supòsit de la R. 26 juliol 2018, la persona física titular de dues finques les va aportar al capital d'una societat, que al seu torn les va aportar al capital d'una segona societat, que les va tornar a aportar al capital d'una tercera de nacionalitat panamenya. Ara, a instància de la titular inicial, es dicta una sentència ferma que declara simulada i nul·la de ple dret l'aportació de la primera societat al capital de la segona, i ordena la cancel·lació de totes les inscripcions que porten causa d'aquest negoci. No cal cancel·lar l'assentament a favor de la tercera societat, titular registral actual, perquè no consta que aquesta hagi tingut intervenció en el procediment, ni que en el seu moment s'hagués pres anotació preventiva de la demanda. Aquesta conclusió no es pot veure enervada per l'al·legació sobre la identitat subjectiva entre els socis de la segona i la tercera societat i, en conseqüència, sobre l'absència de bona fe (com desconeixement del plet) per part d'aquesta última. L'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel requereix decisió judicial, que no pot ser suplerta en seu registral.

– La R. 20 juliol 2018 denega la inscripció d'una sentència dictada el 2012, que declarava el domini d'una finca registral a favor de la de-

mandant, havent estat demandats els aleshores titulars registrals. En el moment actual en què es presenta la sentència, els titulars actuals són uns altres, per títol d'herència dels anteriors.

R. 14 setembre 2018 (BOE 239, 3-X-18: 13429)

En el seu moment la persona física titular de dues finques les va aportar al capital d'una societat, que al seu torn les va aportar al capital d'una segona societat, que les va tornar a aportar al capital d'una tercera de nacionalitat panamenya. Després, a instàncies de la titular inicial, es dicta una sentència ferma que declara simulada i nul·la de ple dret l'aportació de la primera societat al capital de la segona, i ordena la cancel·lació de totes les inscripcions que porten causa d'aquest negoci. Però la Direcció denega la cancel·lació ordenada judicialment, perquè no consta que la tercera societat, titular registral actual, hagi tingut intervenció en el procediment, ni que en el seu moment s'hagi pres anotació preventiva de la demanda.

És doctrina consolidada que en la jurisdicció civil el principi de rogació imposa que el contingut de la demanda i la designació dels demandats queda sota la responsabilitat del demandant; i com que els drets inscrits es presumeix que existeixen i que pertanyen al titular segons l'assentament (article 38 LH), el titular demandat sempre ha de ser demandat en el procediment per evitar-ne la indefensió, sense perjudici de poder anotar preventivament la demanda.

D'altra banda, tot i la identitat subjectiva entre els socis de dues de les mercantils del supòsit, l'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel requereix decisió judicial, que no pot ser suplerta en seu registral.

R. 26 setembre 2018 (BOE 250, 16-X-18: 14158)

Al seu dia la jutge mercantil havia declarat, en incident concursal, la nul·litat d'una compravenda, i havia ordenat la cancel·lació de les inscripcions que en derivaren. Ara es presenta manament judicial sol·licitant la cancel·lació d'una hipoteca que el comprador va constituir a favor de Bankia, i que actualment està inscrita a nom d'una altra entitat per títol de cessió de crèdit. En el manament qualificat consta expressament que la sentència va ser notificada a les dues entitats –cedent i cessionària–, sense que hagin fet cap manifestació contra la dita resolució.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre les exigències del principi de tracte successiu en la inscripció de títols judicials. En la jurisdicció civil el principi de rogació imposa que el contingut de la demanda i la designació dels demandats queda sota la responsabilitat del demandant; i com que els drets inscrits es presumeix que existeixen i que pertanyen al titular segons l'assentament (article 38 LH), el titular demandat sempre ha de ser demandat en el procediment per evitar-ne la indefensió, sens perjudici de poder anotar preventivament la demanda. La S TS 16 abril 2013 ha declarat que, en un supòsit on la inscripció va ser ordenada per una resolució judicial ferma contenciosa administrativa de la qual es pretén l'execució, la decisió sobre el compliment dels requisits propis de la contradicció processal correspon al jutge.

En el supòsit resolt, la Direcció admet la cancel·lació de la hipoteca. La referida notificació judicial va tenir per objecte evitar la indefensió del titular de la hipoteca, donant-li l'opció de presentar al·legacions, de la qual no va fer ús.

R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15765)

Admet la inscripció d'una certificació municipal per a la represa del tracte successiu interromput, en la qual es declara justificat el domini públic d'una finca destinada a mercat, a favor del mateix Ajuntament certificant. La renovació de les bases per a la concessió d'explotació del mercat no està inscrita, data dels anys quaranta i s'hi va preveure la reversió a l'Ajuntament, per transcurs del termini de la concessió, el 1983, moment en què es va atorgar acta administrativa de reversió amb la llavors concessionària, el títol concessional de la qual tampoc no consta inscrit. En la mateixa certificació s'al·lega la possible prescripció adquisitiva a favor de l'Ajuntament, per possessió amb els requisits legals des del 1983.

La Llei 13/2015 va donar nova redacció a l'article 206 LH, l'apartat 4 de la qual permet a les Administracions Públiques, per reprendre el tracte successiu interromput, optar facultativament pel procediment registral ordinari de l'article 208 LH actual, o per la certificació administrativa que posi fi al procediment de l'article 37-3 Llei 33/2003 Patrimoni AAPP. En aquest cas, som davant un veritable supòsit d'interrupció del tracte: la pretensió d'inscripció de l'Ajuntament compta amb títol jurídic (dret de reversió) previst a la mateixa concessió i emparat en la legislació local vigent a l'època, i manca el títol material –suposadament successori– a favor de la concessionària signant de l'acta de reversió. Pel que fa a la notificació fefaent al titular registral, resulta de la certificació qualificada que es va indagar per l'Administració el domicili dels titulars concessionals inscrits; i que es van remetre comunicacions als seus hereus respectius (pressuposant-ne la mort, atesa la data de la inscripció a favor seu). En resultar infructuosa la comunicació postal, es va emplaçar els hereus mitjançant anunci al BOE, sense que ningú comparegués ni formulés al·legacions. Tot això és conforme amb els requisits de l'apartat segon de l'article 208 LH.

R. 29 octubre 2018 (BOE 280, 20-XI-18: 15827)

Admet la inscripció d'una sentència dictada en procediment declaratiu ordinari, que declara la nul·litat per simulació d'una escriptura de compravenda i de la seva inscripció, així com que l'actor és el veritable propietari de la finca, que la va comprar per document privat al seu oncle, que al seu torn l'havia comprada per document privat a la societat que va ser la primera titular registral, la qual ha estat part demandada en situació de rebel·lia) en el procediment. Sens dubte, la cancel·lació de la titularitat registral vigent faria re néixer la titularitat primitiva d'aquesta titular inicial, que no va ser la causant de l'actor, ja que aquest va adquirir d'un altre adquirent intermedi que no va arribar a inscriure el seu dret. Tot això provocaria una situació d'interrupció del tracte, que és l'obstacle apreciat pel registrador.

Però la Direcció recorda la seva doctrina. Mitjançant judici declaratiu es pot realitzar qualsevol modificació dels assentaments del Registre, sempre que hagin estat demandats els titulars registrals, els qui van adquirir d'aquests, i tots els titulars intermedis fins a enllaçar amb la titularitat del demandant; i es declari la realitat, vàlida i eficàcia de tots els títols translatius intermedis.

Així, en el supòsit resolt, el procediment declaratiu seguit ha complert totes les exigències imposades per ser via hàbil de

represa del tracte: la demanda s'ha dirigit contra tots els interessats possibles (des de la primera titular registral fins a l'actual la inscripció de la qual ha estat declarada nul·la, així com els hereus de l'adquirent intermedi que mai no va arribar a inscriure el seu dret); i la sentència ha declarat la veracitat de les diferents transmissions que enllacen al primer titular registral amb el propietari actual. Per tot això, no hi ha obstacle per cancel·lar la inscripció de la propietat declarada nul·la, reinscrivint la finca a nom de l'actor.

R. 7 novembre 2018 (BOE 288, 29-XI-18: 16312)

Denega la inscripció d'una acta notarial de represa del tracte interromput, tramitada de conformitat amb l'article 208 LH actual, el qual ha vingut a confirmar la doctrina tradicional de la Direcció, que exclou la possibilitat d'acudir a aquest expedient quan s'hagi adquirit directament del titular registral o dels hereus d'aquest, és a dir, quan no hi hagi veritable interrupció del tracte.

En el supòsit resolt, la finca està inscrita a nom d'una societat anònima. S'aporta còpia de l'escriptura –no inscrita– d'elevació a públic de document privat pel qual aquesta societat va vendre a uns adquirents, així com un document privat liquidat fiscalment pel qual aquests van vendre als propietaris i requeridors actuals de l'acta.

En aquest cas, la inexactitud registral es podria solucionar amb la presentació de l'escriptura d'elevació pendent d'inscripció, com també amb l'elevació a públic de la segona venda privada, la qual cosa en cap cas no podria implicar una dificultat extraordinària.

R. 19 octubre 2018 (BOE 291, 3-XII-18: 16475)

Denega la inscripció d'una escriptura d'extinció de comunitat, perquè la quota d'un dels comuns es troba encara inscrita a nom del seu causant. Procedeix en primer lloc la inscripció del títol d'adjudicació de l'herència del titular registral a favor de l'atorgant.

R. 28 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17469)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda en exercici del retracte de comuns, perquè no ha estat presentada al Registre l'escriptura de compravenda de quota a l'estrany, que va donar origen al naixement del dret de retracte.

El principi de tracte successiu imposa, per inscriure un títol, que estigui prèviament inscrit el dret del transmissor. Així, en el cas resolt, és imprescindible la inscripció prèvia de la quota a favor de l'estrany, amb la subrogació consegüent de qui retreu en el seu lloc.

R. 29 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17473)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de dació en pagament de deute, perquè la finca es troba inscrita a nom d'un tercer diferent del cedent. És imprescindible la inscripció prèvia a favor seu, mitjançant la nova presentació del títol del qual resulta la seva adquisició, prèvia un cop esmenats els defectes que, al seu dia, va apreciar el registrador.

R. 30 novembre 2018 (BOE 306, 20-XII-18: 17477)

Suspèn, per falta de tracte, la inscripció d'una escriptura de manifestació i adjudicació d'herència on s'inclou una finca que consta



ara inscrita a nom de l'Estat com a bé de domini públic maritimoterrestre en virtut de delimitació. La delimitació es va aprovar el 1992; el 2005 es va practicar anotació preventiva de domini públic, la qual es va convertir en inscripció de domini el 2013. Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals.

TRANSACCIÓ

R. 20 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11321)

Denega la inscripció d'un acte judicial que homologa una transacció judicial sobre dissolució de condomini, en relació amb dues finques que els seus copropietaris havien adquirit per meitats indivises mitjançant herència.

L'acord transaccional té naturalesa de document privat, que no canvia pel fet d'estar homologat judicialment. Sens dubte també és doctrina consolidada la que considera inscriptible l'acord transaccional l'objecte del qual sigui el mateix d'un conveni regulador (article 90 Cc), sempre que resulti de la documentació presentada la connexió del dit acord amb una situació de crisi matrimonial, i de tot això no concorre res en el cas resolt.

R. 22 octubre 2018 (BOE 277, 16-XI-18: 15638)

Denega la inscripció d'un acte d'homologació de transacció judicial, en virtut del qual les parts acorden que es cancel·li la inscripció de donació a nom de les demanda, i la finca s'inscriu a nom dels demandants per títol d'herència dels donants. És doctrina reiterada que l'acord transaccional té naturalesa de document privat. L'homologació judicial no canvia la seva naturalesa (no porta a terme una valoració de les proves ni un pronunciament sobre les pretensions de les parts), sinó que simplement acredita l'existència de l'acord i constitueix títol que porta aparellada l'execució, la qual pot ser demanada per qualsevol de les parts (segons els articles 705 i següents LEC), si l'altra no atorga escriptura voluntàriament.

TURISME

R. 31 juliol 2018 (BOE 223, 14-IX-18: 12561)

Admet la inscripció d'una acta notarial de constància de l'ús turístic dels apartaments que formen un edifici determinat destinat a hotel, desestimant així els dos obstacles de la qualificació, que es refereixen a la certificació municipal unida.

D'una banda, respecte al defecte que l'ús turístic de la parcel·la no resulta de la certificació, la veritat és que el dit ús resulta de dues llicències referides a l'hotel, també incorporades: la municipal d'obertura, i l'autònoma d'obertura i classificació. D'altra banda, la certificació municipal s'expedeix "condicionada a les normes sectorials"; però precisament cal entendre per aquestes la Llei canària 2/2013 de renovació i modernització turística, la transitòria sisena de la qual obliga precisament els titulars d'establiments d'allotjament que estiguessin exercint l'activitat turística a l'entrada en vigor de la norma, a remetre comunicació al Registre de la Propietat en el termini d'un any, que és el que el recurrent ha realitzat mitjançant el títol qualificat.

TUTELA

R. 9 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10446)

Admet la inscripció de l'escriptura de venda d'unes finques que pertanyen a diversos titulars, dos dels quals són incapacitats sotmesos a tutela. Respecte de la participació d'un d'aquests, hi ha acte judicial que autoritza la venda sense necessitat de subhasta ni d'avaluació prèvia. Però respecte de la participació de l'altre, que és una meitat, l'autorització judicial especifica que la venda s'ha de fer per un "preu total" de 30.516 euros. En l'escriptura, la participació d'aquest segon incapaç es ven per preu de 15.258 euros. De la resolució judicial es dedueix que el "preu total" indicat es refereix a la totalitat de les finques, de manera que és coherent amb l'autorització judicial la venda d'una meitat indivisa pel 50% del dit preu.

Per la resta, la Direcció aprofita per assumir la doctrina de la S TS 10 gener 2018, segons la qual la falta d'autorització judicial preceptiva per als actes celebrats pel tutor no té com a efecte la nul·litat radical, sinó l'anul·labilitat que es considera més adequada a la protecció dels interessos dels menors i persones amb capacitat modificada judicialment (la qual cosa està recolzada a més per l'article 61 LJV).

URBANISME

R. 10 juliol 2018 (BOE 178, 24-VII-18: 10449)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de rectificació d'un projecte de compensació ja inscrit, atorgada per la mercantil promotora del projecte i propietària de l'única finca aportada, per la qual se n'augmenta la cabuda i es declara exclosa de la compensació una part d'aquesta al·legant que es troba fora del perímetre de la unitat d'execució. Actualment està tancat el foli de la finca d'origen i les finques de resultat estan inscrites a favor de tercers.

Les modificacions que es pretenen introduir en el projecte inscrit excedeixen de meres rectificacions d'errors materials o previsions complementàries. És necessari el consentiment dels titulars registrals de les finques de resultat com a afectats per la rectificació o, si no, resolució judicial (articles 1 i 40 LH).

R. 9 octubre 2018 (BOE 262, 30-X-18: 14865)

Per a la inscripció de la cessió obligatòria d'una finca dotacional a nom d'un Ajuntament com a conseqüència d'un conveni urbanístic subscrit entre aquest i el titular, no és necessari l'atorgament d'escriptura pública, encara que aquest requisit formal s'hagi previst en el mateix conveni. La certificació de la secretaria de la corporació és títol formal suficient.

L'article 32 RD 1093/1997 exigeix que les cessions, tret que procedeixin de convenis urbanístics tipificats en la legislació sobre el sòl, s'ajustin als requisits formals de les donacions d'immobles; la qual cosa pressuposa que les cessions derivades dels dits convenis són inscriptibles mitjançant acta administrativa, per equiparació a les cessions obligatòries, per a les quals l'article 30 preveu l'acta administrativa.



Resolucions

R. 25 octubre 2018 (BOE 279, 19-XI-18: 15766)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació i agrupació, perquè les finques no estan inscrites a nom de la societat atorgant, sinó a nom d'una altra societat que va ser absorbida per aquella. El fet que pugui procedir la pràctica d'un sol assentament per tracte abreujat, no implica que es pugui eludir el principi de tracte successiu. A més, la porció segregada que serà objecte de cessió per a vials no es descriu d'acord amb els articles 9 LH i 51 RH.

No obstant això, es desestima un altre dels defectes de la qualificació. El fet d'haver estat judicialment anul·lat el pla urbanístic que va servir de base a la concessió de la llicència de parcel·lació, no justifica l'exigència que l'Ajuntament hagi de justificar que aquesta llicència s'ajusta a la normativa urbanística actual. La sentència ferma anul·lativa del pla no determina per si la nul·litat de tots els actes posteriors sobre les finques. Per a això serà necessari, primer que es determini pels tribunals, i després que s'executi per l'Administració l'abast concret de la nul·litat declarada.

VIES PECUÀRIES

R. 19 juliol 2018 (BOE 190, 7-VIII-18: 11308)

Admet la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència. La finca es descriu en el títol tal com consta inscrita: finca rústica de 21,27 àrees, que limita per un dels costats amb camí. Això no obstant, la parcel·la cadastral que, segons el títol, correspon amb la finca inscrita mesura 17,61 àrees i limita amb un camí cadastrat a nom de l'Ajuntament. El registrador notifica a l'Administració corresponent que contesta certificant que la parcel·la està afectada per una via pecuària, la qual no està delimitada.

El certificat administratiu només es refereix a la parcel·la cadastral, sense identificar la finca registral. Per tant, no queda acreditat que la finca registral envaeixi la via pecuària. Per poder determinar si hi ha invasió del domini públic, la premissa és saber on està ubicat aquest i els límits de la seva superfície (S TS Contenciós 20 abril 1988).

Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notari del Masnou

FEIDEÏCOMÍS DE RESIDU

Es declara la subsistència del fideïcomís malgrat les dissolucions de comunitat realitzades sobre els béns del fideïcomís, que no es consideren actes de disposició.

RESOLUCIÓ JUS/1748/2018, de 20 de juliol (DOGC 27.07.2018)

RESUM.- Uns immobles estan gravats com un fideïcomís de residu que permet als fiduciaris (hereus del fideïcomitent mort el 1973) disposar per actes *inter vivos* només a favor dels copropietaris restants i amb la conformitat de tots; i que preveu que quan es produeixi la mort d'algun d'aquests la seva part passi al seu cònjuge i als seus fills per parts iguals. Els anys 2004 i 2005 s'atorguen i s'inscriuen dues escriptures de dissolució de comunitat respecte d'algunes finques integrants d'aquella herència. El 2017 mor una de les fiduciàries i, en execució del seu testament, s'adjudica al seu marit l'usdefruit vitalici i al seu fill, la nua propietat dels immobles adjudicats com a conseqüència d'aquestes dissolucions. La Registradora de la propietat suspèn l'escriptura d'acceptació d'herència en no respectar-se el fideïcomís de residu. El recurrent al·lega que el fideïcomís no estava vigent, ja que es va establir per protegir la comunitat abans de realitzar actes de disposició (les dissolucions de la comunitat) com el consentiment de tots els fiduciaris.

La DGDEJ confirma la nota de la Registradora, a qui reconvé per haver elevat el recurs a la DGRN i haver evitat citar normes de Dret català en la nota de qualificació. Malgrat això, la DGRN, aquest cop sí, reenvia l'expedient a la DGDEJ, en considerar-la competent per tramitar-lo. Aquesta considera aplicables a aquest supòsit la CDCC de 1960 per determinar els efectes del fideïcomís (en virtut de la DT

1a de la Llei 10/2008, ja que era la Llei vigent en el moment de la defunció del fideïcomitent) i el CS de 1991 per valorar els suposats actes de disposició (en virtut de la DT 9a CS, que disposava la seva aplicació sobre els efectes del fideïcomís mentre estava pendent).

La DG dedueix de la clàusula del fideïcomís que la fiduciària no podia disposar de cap manera *mortis causa* de les finques gravades i, per tant, la disposició s'ha d'entendre com no ordenada i considera com a fideïcomissaris de la fiduciària el marit i el fill per parts iguals, els quals rebran les finques com procedents del fideïcomitent, ja que no s'integren en l'herència de la fiduciària ni es regeixen pel seu testament.

No obstant això, aquests béns no formarien part de l'herència fideïcomesa si es considera que no en formen part com a conseqüència d'actes dispositius com les dissolucions de comunitat realitzades. Tot i això, segons la DG aquestes dissolucions no es poden considerar actes de disposició, ja que no donen lloc a un acte translatiu sinó d'especificació de drets, i més en aquest cas en el qual les dissolucions de comunitat practicades són pròpiament particions hereditàries realitzades de conformitat amb l'art. 190 CCDC i l'art. 85 CS, que faculten els fiduciaris de quota per demanar la partició i practicar-la amb els altres cohereus sense que intervinguin els fideïcomissaris. La naturalesa especificativa de la dissolució de la comunitat no queda desvirtuada pel fet que es faci, en un dels casos, a través de la constitució d'un edifici en règim de propietat horitzontal i les adjudicacions posteriors, ja que el títol d'adquisició de la fiduciària segueix sent el d'herència i no el de divisió, com pretén el recurrent.

COMENTARI.- El fideïcomís de residu és una institució successiva d'hereu en la qual l'hereu intermedi (fiduciari) està facultat per dis-

posar inter vius i a títol onerós dels béns fideïcomisos [arts. 426-51 i 426-52, a) CCCat; 243 i 244.1 CS; i 210 i 211.1 CDCC], de manera que els béns que no hagin estat objecte d'actes de disposició d'aquest tipus i els subrogats en la seva posició faran trànsit als fideïcomissaris. En aquest cas, la fiduciària només està autoritzada per disposar *inter vivos* i a favor dels altres fiduciaris i, per tant, queden lliures del fideïcomís els béns que hagi disposat d'aquesta manera. Els hereus de la fiduciària, que en aquest cas són els mateixos fideïcomissaris designats pel fideïcomitent, però que hereten d'una manera diferent de la disposada per aquest, pretenen que aquests béns han quedat lliures del fideïcomís com a conseqüència dels actes de disposició realitzats per la fiduciària, que havia realitzat dues dissolucions de comunitat (una d'elles ordinària; i l'altra resultant d'una propietat horitzontal).

La DGDEJ considera que aquests actes no tenen naturalesa translativa sinó especificativa, tot i que declara que es tracta d'una qüestió complexa, opinió que comparteix la DGRN (v.gr., la recent RDGEN 27.07.2018). No obstant això, entre la doctrina i la jurisprudència (v.gr., STS 12.04.2007) hi ha un consens en què la divisió de la cosa comuna no té eficàcia translativa pura i que no es pot considerar un títol adquisitiu. La DGDEJ entén que en aquest cas estem més aviat davant una operació particional de l'herència del fideïcomitent, malgrat que possiblement no té en compte que la partició finalitza amb les adjudicacions que van fer els fiduciaris en l'escriptura d'acceptació d'herència, encara que es fessin en proindivís. En qualsevol cas, i malgrat que es consideri que els actes de dissolució de la comunitat tenen naturalesa dispositiva, hem de tenir en compte que, de conformitat amb les normes legals citades, els béns que es van adjudicar a la fiduciària es van subrogar en el lloc de les quotes que li corresponien en la divisió, per la qual cosa fet i fet la solució és la mateixa: el fideïcomís de residu segueix vigent respecte d'aquells béns.

PROPIETAT HORITZONTAL

En la inscripció dels acords limitatius de l'ús dels departaments privatius en què algun dels propietaris hagi votat en contra, ha de figurar el departament al qual correspon, però és necessària la constància que l'acord no el vincula.

RESOLUCIÓ JUS/1784/2018, de 20 de juliol (DOGC 30.07.2018)

RESUM.- El 2017 la comunitat de propietaris d'un edifici constituït en règim de propietat horitzontal adopta l'acord de limitar la destinació dels pisos de l'edifici a habitatge residencial. L'acord s'adopta amb el vot en contra d'un dels propietaris, fet que condueix a la Registradora de la propietat que qualifica l'escriptura que eleva a públic aquest acord a suspendre la inscripció, per falta de constància expressa que el propietari que va votar en contra no queda vinculat per aquest acord. Es basa en el principi de tracte successiu i de tutela judicial efectiva i en l'absència de limitacions del domini inscrites en el Registre en el moment de l'adquisició de l'immoble. El secretari-administrador de la comunitat interposa un recurs contra aquesta qualificació; la Registradora considera en el seu informe que no té legitimació activa perquè no s'acredita que tingui la representació de la comunitat.

La DGDEJ admet i estima el recurs i revoca la nota de qualificació. En relació amb la qüestió de la legitimació del secretari-ad-

ministrador, entén que el seu càrrec resulta acreditat en el certificat protocol·litzat en l'escriptura i que una de les seves funcions és l'execució dels acords de la junta de propietaris (art. 553-18 CCCat), dins la qual té cabuda l'obtenció de la seva inscripció en el Registre de la Propietat. No obstant això, «hauria estat desitjable que aquest acte d'execució de l'acord comunitari hagués estat ratificat per la presidència de la comunitat i que, si la registradora considerava que la representació no estava prou acreditada, hagués donat el tràmit d'audiència per un termini no superior a 10 dies, tal com estableix l'article 325 a) de la Llei hipotecària.» (FD 1.5).

En relació amb la qüestió de fons, queda clar que, amb la redacció vigent de l'art. 553-25.4 (donada per la Llei 5/2015, de 13 de maig), es pot adoptar vàlidament un acord com el que preveïem amb una majoria del 80% i amb l'oposició de propietaris en minoria, malgrat que aquest acord, segons la doctrina de la mateixa DG en la resolució de 6 de febrer de 2017, no afectarà els propietaris que hagin votat en contra. No obstant això, la Registradora demana la constància expressa que, en aquest cas, el propietari que ha votat en contra de l'acord no el vincula; argument que, segons el parer de la DG, sembla que recupera la interpretació que es feia de l'art. 553-25.4 segons la seva redacció originària. Amb tot, admet la conveniència de «matisar la nostra doctrina en el sentit que ha de quedar especificat o determinat quin és el departament que queda transitòriament exceptuat de la limitació acordada perquè el seu propietari ha votat en contra de l'acord»; requisit que, en aquest cas, estima complert de forma suficient, «sense que sigui necessari repetir que no queda vinculat per l'acord, ja que ja queda acreditat el seu vot en contra» (FD 2.5).

COMENTARI.- Al meu parer, la doctrina d'aquesta resolució és una mica confusa o contradictòria: si no és necessari fer constar que els propietaris que han votat en contra de l'acord no hi queden vinculats, tampoc no veig la necessitat de fer constar quins són els departaments dels propietaris que hi han votat en contra. Entenc que la Registradora de la propietat s'extralimita clarament en la seva funció en exigir que es deixi constància que l'acord no vincularà aquests propietaris. Principalment, perquè la tutela judicial dels drets no correspon ni als Notaris ni als Registradors sinó, com el seu nom indica, als Jutges. Els primers ens hem de limitar a comprovar si l'acord s'ha votat amb els requisits legals, és a dir, la seva validesa legal. L'eficàcia de l'acord i, en particular, el seu àmbit d'aplicació ha de ser determinat pels tribunals, com ha fet el TSJC en la recent sentència 74/2018, de 13 de setembre, que declara vàlid i que es pot inscriure l'acord d'una altra junta de propietaris en el mateix sentit, i seguidament afegeix: «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 3er), per acabar resolent que no el vincula.

Un cop fixat aquest criteri per qui n'és competent, no només és innecessari que es faci constar en l'escriptura pública i en la inscripció registral, sinó que és totalment improcedent per extralimitació de funcions, sens perjudici de la funció notarial d'assessorament com en qualsevol altre cas. D'altra banda, tampoc no veig la forma de fer constar en la inscripció un dret merament personal, com és el del



propietari actual que hi va votar en contra, que aquest no li sigui aplicable.

Per tot això, considero injustificat que hagi de constar en l'escriptura la determinació dels departaments corresponents als propietaris que hagin votat en contra de l'acord, sempre que quedi acreditat que aquest es va adoptar amb els requisits legals de validesa.

INSPECCIÓ TÈCNICA DE L'EDIFICI

Per complir els requeriments del Decret 67/2015 és suficient la constància en l'escriptura que s'ha entregat l'informe al comprador, sense que sigui necessari protocol·litzar-lo. Això no exclou l'obligació de lliurar-li el certificat d'aptitud.

RESOLUCIÓ JUS/1785/2018, de 20 de juliol (DOGC 30.07.2018)

RESUM.- S'atorga escriptura de compravenda d'un habitatge d'un immoble construït el 1900 en la qual es fa constar que la part transmissent lliura a l'adquirent còpia de l'informe de la Inspecció Tècnica de l'Edifici. Un cop presentada l'escriptura en el Registre de la propietat, el Registrador la qualifica negativament perquè ni l'informe ni el certificat d'aptitud corresponent no s'incorporen a la còpia de l'escriptura.

La DGDEJ revoca el primer defecte i confirma el segon. L'art. 15 del Decret de la Generalitat 67/2015, de 5 de maig, obliga a lliurar a l'adquirent una còpia de l'informe de la inspecció tècnica realitzada a l'edifici i el certificat d'aptitud: ara bé, el mateix precepte afegeix que, si aquest certificat s'ha obtingut per silenci administratiu o no s'ha pogut obtenir perquè, segons l'informe de la inspecció tècnica, s'han apreciat deficiències greus o molt greus i les mesures cautelars no han estat executades, la part venedora ha de lliurar a la compradora una còpia de l'informe amb l'acreditació de la data de presentació davant l'Administració.

D'aquest precepte la DG dedueix que no és necessari d'incorporar una còpia de l'informe a l'escriptura, sinó que és suficient que es faci constar que s'ha lliurat a la part compradora. En canvi, no consta que s'hagi entregat el certificat d'aptitud, sense que l'escriptura mostri els motius d'aquesta omisió, ni s'acredita la data de presentació de l'informe davant l'Administració. En l'escriptura tampoc no figura la renúncia de l'adquirent al lliurament d'aquest certificat.

COMENTARI.- La resolució s'ajusta totalment al que disposa l'art. 15 del Decret 67/2015. En la pràctica notarial, si es disposa de l'informe considero que és adequat protocol·litzar-lo, com a prova del compliment de les obligacions legals, el control del qual correspon, i és atribuït especialment per aquest Decret, al Notari. Com tots sabem, les simples manifestacions, fins i tot les realitzades per part del Notari, poden ser fàcilment qüestionades. Com que els informes solen ser bastant extensos, és aconsellable incorporar-los parcialment, en la part on consten l'autor, l'edifici objecte de la inspecció i la qualificació de les deficiències (que mai falten a causa de l'antiguitat dels edificis en qüestió), sens perjudici de fer constar que l'informe complet es lliura a la part adquirent (no només a la venedora, s'exigeix en tota transmissió inter vivos d'habitatges). A més, si es disposa del certificat d'aptitud, pot ser més que suficient fer constar que l'informe s'ha lliurat, i protocol·litzar el certificat d'aptitud (i

possiblement seria suficient que la Llei només n'exigís el lliurament). D'altra banda, cal recordar que la R. de primer de desembre de 2017, en la transmissió d'aquests habitatges que formen part d'edificis de més de 45 anys d'antiguitat, també s'ha d'exhibir el Llibre de l'Edifici, tret que l'adquirent renunciï justificadament a la seva exhibició (com també pot renunciar justificadament, a parer del Notari, al lliurament de l'informe de la inspecció tècnica i del certificat d'aptitud).

DRET INTERNACIONAL PRIVAT

L'extinció d'un pacte de supervivència, convingut per dos convivents de nacionalitat francesa en una escriptura de compravenda d'un immoble situat a Espanya, es regeix per la Llei francesa perquè és un pacte de naturalesa successòria.

RESOLUCIÓ JUS/1857/2018, de 30 de juliol (DOGC 07.08.2018)

RESUM.- Nova presentació davant el Registre d'una escriptura en la qual se sol·licita l'extinció del pacte de supervivència convingut en escriptura de compravenda per cessament de la convivència d'una parella estable. La presentació anterior va donar lloc a la RDGDEJ JUS/126/2018, de 24 de gener, que va confirmar la nota de qualificació en el sentit que no s'acreditava que, d'acord amb el Dret francès (que és el que, segons la DG, regia aquest pacte en ser els dos membres de la parella de nacionalitat francesa), el cessament de la convivència fos una causa d'extinció del pacte de supervivència (anomenat *tontine* en el Dret francès). En aquesta nova presentació s'acompanyen dos certificats en els quals s'acredita el cessament de la convivència. El Registrador de la propietat considera que segueix sense acreditar-se que, d'acord amb el Dret francès, aquest fet impedeix la subsistència del pacte de *tontine*. El Notari autoritzant sosté que la Llei aplicable no és la francesa, sinó la catalana i que, tot i que es considerés que ho fos la primera, s'hauria d'aplicar la segona com a norma d'ordre públic, atesa la ruptura del vincle afectiu, que pot conduir a conseqüències de tipus criminal entre els interessats; l'aplicació de la Llei catalana es basa en el fet que un d'ells havia recuperat la nacionalitat espanyola en el moment de la compravenda (tot i que va manifestar que tenia la francesa) i que no és aplicable l'art. 9.8 CC ja que el pacte de *tontine* només serà un pacte successori si es manté en vigor fins a la mort d'un dels atorgants, però fins llavors és merament obligacional i real, de base marital.

La DGDEJ confirma novament la nota de qualificació. En primer lloc, fa referència a una qüestió procedimental, en el sentit que les diligències que expedeixi el Registrador, en relació amb les modificacions que ha de fer als interessats, no poden paralitzar l'elevació de l'expedient a la DG, ja que en el cas contrari es reduïx notablement, com en aquest cas, el termini per resoldre el recurs, que és de tres mesos des que va entrar en el Registre (o fins i tot sobrepassar-lo, cosa que en comportaria la desestimació automàtica).

Entrant en el fons de l'assumpte, la DG reitera el seu criteri que és aplicable el Dret francès, no només al pacte de *tontine*, sinó també a la mateixa relació de parella, ja que els seus dos integrants tenien la nacionalitat francesa en el moment de constituir-se ambdues relacions jurídiques. Considera «el pacte de supervivència com un pacte de naturalesa successòria, ja que pot esdevenir ineficax si hi ha un heretament universal previ que esdevingui eficaç (article 231-16 del Codi civil de Catalunya), i perquè, en els béns amb pacte de super-

vivència, l'adquisició de la participació del premort s'ha de computar en l'herència d'aquest pel valor que tingui la participació en el moment de produir-se la mort, als efectes del càlcul de la llegítima i de la quarta vidual, i s'ha d'imputar a aquesta última pel mateix valor, i també s'admet la renúncia de la part adquirida amb pacte de supervivència, de manera que el renunciant s'entén que no ha adquirit mai la participació del premort (article 231-15.3 del Codi civil de Catalunya). Per tant, entenem que és aplicable l'article 9.8 del Codi civil espanyol, que remet a la Llei francesa, perquè és llei nacional d'ambdós atorgants.» (FD 2.4).

En relació amb els nous documents aportats, la DG considera que no acrediten que, d'acord amb el Dret francès, l'extinció de la parella estable comporti l'extinció del pacte de tontine. I en relació amb l'excepció d'ordre públic, invocada pel Notari recurrent, entén que no es pot invocar com a causa d'extinció automàtica del pacte de supervivència ja que està subjecta a l'apreciació judicial, no a la del Registrador.

COMENTARI.- La doctrina catalana considera amb certa unanimitat, de la mateixa manera que el Notari recurrent i en contra del que estableix la DGDEJ en aquesta resolució, que el pacte de supervivència no és un pacte successori, no té naturalesa *mortis causa*, sinó *inter vivos*. En aquest sentit, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (Comentari al Llibre segon..., Atelier, 2014, pàg. 129), entén que el debat sobre si és un negoci *inter vivos* o *mortis causa* s'ha d'entendre que actualment ha estat definitivament superat: és un negoci entre vius l'execució i eficàcia del qual depenen de la mort d'un dels atorgants, fet que no el converteix en un negoci per causa de mort. Juana MARCO MOLINA (Comentaris al Codi de Família, Tecnos, 2000, pàg. 269) el qualifica com una donació *inter vivos* d'eficàcia aplaçada *post mortem*, el caràcter irrevocable de la qual no l'allunya de les donacions per causa de mort. Encarna ROCA I TRIAS (Institucions del Dret civil de Catalunya, Vol. III, Tirant lo Blanch, 1994, pàg. 211) considera la compra amb pacte de supervivència com un negoci unitari de Dret familiar, sobre la base del qual només es podia pactar en règim de separació de béns i que operava com un pal·liatiu de la separació absoluta, criteri seguit pel TSJC en la sentència 3/2003, de 13 de febrer. Actualment ja es poden pactar, encara que no regeixi el règim de separació de béns, i fins i tot encara que els adquirents no estiguin casats. A més, segons ROCA TRIAS, és dubtosa l'existència d'un *animus donandi*, cosa que l'allunya de la donació, i conclou que el pacte de supervivència té com a finalitat l'exclusió de la comunitat de tipus romà i la creació d'una comunitat de mà comuna.

Al meu entendre, es tracta d'una institució en la qual es fon la seva naturalesa successòria amb la familiar. El fet que el Llibre segon del CCCat permeti el pacte de supervivència fora del règim de separació de béns no obsta que el fonament d'aquesta institució pugui continuar pal·liant els efectes de la manca d'un règim matrimonial de comunitat en la immensa majoria dels matrimonis catalans (i, òbviament, en totes les parelles estables). La regulació d'aquest pacte en el Llibre segon i la manca de tota referència en el Llibre quart [la de l'art. 451-26.2 a) es limita al pacte que inclou una renúncia a la llegítima del fill mort impúber]] sembla que n'afebleixen la naturalesa successòria.

La DGDEJ proporciona tres arguments a favor de la naturalesa successòria del pacte de supervivència:

a) Pot esdevenir ineficaç si hi ha un heretament universal previ que esdevingui eficaç (art. 231-16). No obstant això, aquesta conseqüència de l'heretament no és exclusiva de les adquisicions amb pacte de supervivència: el mateix efecte s'aplica a les donacions *inter vivos* (art. 431-25.3) i no per aquest motiu tenen naturalesa successòria.

b) Els béns adquirits pel supervivent són computables per a la computació de la llegítima i de la quarta vidual (art. 231-15.3). Se li pot aplicar el mateix contraargument anterior: les donacions *inter vivos* també ho són [arts. 451-5.b) i 452.3].

c) S'admet la renúncia de la part adquirida amb pacte de supervivència, de manera que s'entén que el renunciant mai no ha adquirit la participació del premort (art. 231-15.3). A mi em sembla més aviat un argument en contra de la seva naturalesa successòria ja que, per una part, demostra que no s'integra a l'herència, que no s'hi pot renunciar parcialment (art. 461-2.1), ni equival a un pacte successori, on els atorgants no puguin renunciar a l'adquisició que s'ha fet a favor seu (art. 431-28.1).

Si se seguís el criteri majoritari que no es tracta d'una institució de naturalesa successòria, no seria aplicable l'art. 9.8 CC com a norma de conflicte per determinar-ne la legislació aplicable, sinó l'art. 10.5.2nº CC i, d'aquesta manera, el pacte de supervivència atorgat es regiria per la Llei del lloc de situació de l'immoble, és a dir, la Llei catalana i, per aplicació de l'art. 231-18.1, s'extingeix per la separació de fet dels cònjuges, a la qual hem d'equiparar el cessament de la convivència de la parella estable.

I àdhuc en el cas d'inclinar-nos per la seva naturalesa successòria, no seria aplicable l'art. 9.8 CC que tàcitament ha quedat derogat, excepte per al Dret interregional, per l'art. 21 del Reglament (UE) núm. 650/2012, del Parlament europeu i del Consell, del qual resultaria aplicable, en principi, la Llei de la residència habitual en el moment de la defunció. Que no s'hagi produït la defunció i que el mateix Reglament successori europeu exclogui del seu àmbit qüestions relatives als règims econòmics matrimonials [art. 1.2.d)] qüestiona encara més el criteri establert per aquesta resolució.

DRET DE TRANSMISSIÓ

L'usufructuari en l'herència del transmissor no ha d'intervenir en l'acceptació de l'herència del primer causant per part del transmissari.

RESOLUCIÓ JUS/2291/2018, de 28 de setembre (DOGC 11.10.2018)

RESUM.- S'atorga una escriptura d'acceptació d'herència el causant de la qual va morir el 2006 deixant com a hereves les seves dues filles. Una de les filles va morir el 2014, sense haver acceptat ni repudiat l'herència del pare; com que va morir intestada, va ser declarada hereva la seva filla, sens perjudici de l'usdefruit de tota l'herència del marit de la causant. En l'acceptació d'herència no intervé el marit de la seva filla, usufructuari de l'herència d'aquesta. Per aquest motiu, el Registrador de la propietat suspèn la inscripció, al·legant que aquest dret d'usdefruit no és un simple dret de crèdit, a diferència de la llegítima, la quarta vidual o el llegat de part alíquota, sinó que l'usufructuari és partícip de en la comunitat hereditària del transmissor, per la qual cosa ha d'intervenir en aquesta herència. La Notària autoritzant presenta recurs argumentant que el dret de transmissió



només juga a favor de l'hereu i que tant el TS (S. 11 de setembre de 2013), com la DGRN (RR. 9 de juny de 2015 i 2 de gener de 2018, entre altres) s'inclinen per l'anomenada teoria moderna del dret de transmissió, que afirma que els béns passen directament del primer causant al transmissari, sense passar pel transmissari, quan el transmissari exerciti el *ius delationis*.

La DGDEJ estima el recurs sobre la base que els béns que adquireix la transmissària els adquireix directament, ja que el transmissari mai no ha ostentat la titularitat d'aquests béns, per la qual cosa no té cap incidència l'usdefruit del pare de la transmissària, el qual «de cap manera» s'estendrà als béns que procedeixen de l'herència del primer causant.

COMENTARI.- Sorprenen que la DGDEJ resolgui la intrincada qüestió del dret de transmissió d'una manera tan breu, tan contundent i sense argumentació de base, i més tenint en compte que es tracta d'un tema d'actualitat arran de les vicissituds que ha sofert tant en el TS com a la DGRN. La DGDEJ s'obstina més a desvincular el Dret català de l'espanyol en aquest punt (com es pot deduir del fet que dediqui el FD 1 a declarar que el Dret aplicable és el català i no l'art. 1.006 CC, que citen tant el Notari com el Registrador –els quals amb tot no qüestionen que s'hagi d'aplicar l'art. 461-13 CCCat). No obstant això, no justifica que es liquidi el tema d'un cop de ploma, ja que és evident que el CCCat no resol clarament la qüestió, cosa que ha fet que la doctrina i la jurisprudència catalanes hagin debatut extensament sobre aquesta qüestió.

L'art. 461-13.1 CCCat es limita a dir que: «Si el cridat mor sense haver acceptat ni repudiat l'herència deferida, el dret a succeir mitjançant l'acceptació de l'herència i el de repudiar es transmeten sempre als seus hereus.» No obstant això, no s'especifica si, un cop els transmissaris han acceptat l'herència del primer causant, aquesta s'integra en l'herència del transmissari o si, en el cas contrari, s'entén que el transmissari hereta directament aquests béns del primer causant. La primera interpretació és coneguda com la teoria clàssica o de la doble transmissió; i la segona, com la teoria moderna o de l'adquisició directa o de la doble capacitat. Aquesta darrera és la que acull aquesta resolució, malgrat que, com he dit, sense argumentar-la. Aquest no és el lloc idoni per fer un examen a fons de la problemàtica plantejada, però sí que m'agradaria fer-hi algunes referències.

La DGDEJ és la primera vegada que resol sobre els efectes del dret de transmissió. El TSJC va tenir l'oportunitat de fer-ho en la sentència núm. 47/2012, de 12 de juliol, que ja vam comentar en aquesta revista (La Notaria, número 1/2013, pàgs. 95 i 96), en la qual, després d'examinar la teoria clàssica i la moderna, es va decantar clarament per aquesta i va resoldre que els béns que el transmissari heretava del causant no quedaven subjectes a les càrregues que el transmissari havia imposat sobre la seva pròpia herència. Podem resumir els arguments del TSJC de la manera següent:

a) La separació entre les herències del primer causant i del transmissari s'ajusta més a l'art. 29.2 CS, que permetia al transmissari acceptar «ambdues herències», però no acceptar la primera i repudiar la segona. Actualment l'art. 461-13.2 CCCat s'expressa en termes semblants. El fet que es parli de dues herències porta a deduir, als qui utilitzen aquest argument, que el codi no segueix la doctrina clàssica, segons la qual el transmissari rep una sola herència: la del transmissari. Això no obstant, al meu parer, aquest argument no és tal, ja que em sembla evident que, en qualsevol cas, hi ha dues herències

(la del primer causant i la del transmissari). El que es debat és si, en relació amb l'herència del primer causant, hi ha dues transmissions (una del primer causant a favor del transmissari i una altra d'aquest al transmissari) o només una (del primer causant al transmissari).

b) De l'art. 205 CS, actualment l'art. 426-8 CCCat, el TSJC dedueix que la Llei vol limitar els efectes de l'herència fideicomissària a les persones que el testador o fideïcomitent hagi determinat, de manera que el gravamen no es pot fer extensiu al successor de l'hereu fiduciari per dret de transmissió. No obstant això, al meu parer, la Llei es limita a disposar que si el fiduciari mor sense haver acceptat o repudiat l'herència, el seu lloc és ocupat pel substitut vulgar designat pel causant o, en defecte seu, pel fideïcomissari, en lloc de deferir-se l'herència als hereus del fiduciari. No veig que la Llei intenti impedir que la càrrega imposada al fiduciari es transmeti als seus hereus, sinó que simplement se'ls exclougui de la delació.

c) En el dret de transmissió, l'objecte de la transmissió és l'herència del causant i no únicament el *ius delationis* o dret a acceptar o repudiar l'herència. Amb tot, el transmissari no adquireix cap herència si no exerceix el *ius delationis* acceptant l'herència del primer causant. Aquest argument sembla que fonamenti millor la teoria clàssica: si es transmet l'herència és perquè aquesta s'ha integrat en el patrimoni del transmissari. Els autors que defensen la teoria moderna preconeixen més aviat que el que rep el transmissari és un dret personalíssim, un títol o una condició personal.

d) El caràcter retroactiu de l'acceptació d'herència encaixa millor amb la teoria moderna. És evident que si l'herència s'adquirís pel sol fet de la delació no hi hauria dret de transmissió, però això no prejutja la qüestió que ens afecta.

La doctrina catalana actual també es decanta majoritàriament a favor de la teoria moderna, amb arguments addicionals com els següents:

a) L'art. 412-8.3 disposa que la indignitat del transmissari respecte al causant determina la ineficàcia del dret de transmissió, de la qual cosa s'hauria de deduir que el transmissari hereta del causant. Això no obstant, es podria contraargumentar que, si fos així, no seria necessari l'art. 412-8.3 que fou introduït per la Llei 10/2008.

b) L'art. 464-1.1 pressuposa que el transmissari no arriba a ser hereu, ja que d'una altra manera no es produiria la col·lisió amb el Dret d'acréixer. No obstant això, la col·lisió no es produeix perquè en cas de morir l'hereu sense acceptar ni repudiar no hi ha una quota vacant, que és el que requereix el Dret d'acréixer per poder ser aplicat.

En definitiva, davant la manca d'una norma que resolgui clarament la qüestió, hi ha arguments en pro i en contra d'una o de l'altra solució. El que m'interessa destacar és que, si s'acceptés la tesi que el transmissari adquireix directament el primer causant, és a dir, la mantinguda per la DGDEJ i el TSJC, s'haurien de seguir, entre altres, les conseqüències pràctiques següents:

a) Les càrregues o limitacions imposades pel transmissari als seus hereus no afectarien al transmissari. Per tant, si aquests estan afectats per un dret d'usdefruit universal, com en aquest cas, no només no és necessària la intervenció de l'usufructuari, sinó que el transmissari rebria l'herència del primer causant en ple domini. La mateixa conseqüència s'hauria d'aplicar al fideïcomís: malgrat que el trans-

mitent hagi subjectat un hereu a una substitució fideïcomissària, aquesta no hauria d'afectar el transmissari. Potser aquesta solució no s'ajusta a la voluntat del transmitent que, malgrat que no hagi acceptat l'herència del primer causant, en la majoria dels casos tindrà aquests béns com a propis i, per tant, formarien part de la seva successió, i l'acceptació es consideraria com un mer tràmit formal. És clar que sempre es podria al·legar que hauria pogut evitar aquesta conseqüència indesitjada per a ell, acceptant l'herència del primer causant, però com dic per a la majoria de la població el fet "d'arreglar papers" no va lligat a l'adquisició de l'herència.

b) El transmissari hauria de tenir capacitat per a succeir al primer causant, és a dir, hauria d'existir o estar concebut en el moment de la seva defunció. Alguns autors obvien aquest requisit sobre la base de la retroactivitat dels efectes de l'acceptació. Potser es poden aplicar analògicament les normes del fideïcomís, en el qual el fideïcomissari succeeix al fideïcomitent (art. 426-1.2), però n'hi ha prou que hagi nascut o estigui concebut en el moment de deferir-se el fideïcomís a favor seu (art. 426-5.1), encara que és dubtós que hi hagi la mateixa identitat de raó, ja que el fiduciari no transmet res al fideïcomissari, és el fideïcomitent qui fa la disposició a favor d'aquest. En tot cas, seria més congruent amb la teoria de l'adquisició directa exigir al transmissari capacitat en relació amb el primer causant; no en va aquesta teoria també es coneix amb el nom de teoria de la doble capacitat.

c) Els deutors del transmitent no podrien anar en contra dels béns del primer causant, ni els legitimaris del transmitent els podrien computar per calcular la seva llegítima. Tant els uns com els altres poden exercir la interpellatio in iure, cosa que evitaria el dret de transmissió, però en el cas dels legitimaris es poden produir resultats injustos ja que, encara que pugui exercir la *interpellatio in iure*, possiblement no ho facin amb la creença, basada possiblement en l'aparença, que el transmitent ha acceptat l'herència del seu causant. D'altra banda, s'ha de tenir en compte que, a la pràctica, la majoria d'herències que no han estat acceptades expressament ho han estat de forma tàcita, encara que, a vegades, hi pot haver dificultats de prova.

d) L'impost de successions s'hauria d'exigir al transmissari en relació amb el primer causant, sense que els béns facin trànsit a través de l'herència del transmitent. Això que a primera vista sembla avantatjós per al transmissari, si es porta a les últimes conseqüències no ho és tant, ja que la DG de Tributs de Catalunya, en la seva Resolució 2/2018, citant, entre altres, l'art. 1006 CC, la STS d'11 de setembre de 2013 i les RRDGRN de 26 de març de 2014 i de 25 d'abril de 2018, ha resolt que el termini de prescripció de l'impost de successions per a l'herència del primer causant comença a comptar des de la defunció del transmitent, cosa que donarà lloc al fet que un impost que ha prescrit respecte del transmitent, "reneixi" respecte del transmissari.

Com que la DGT catalana, que sembla que s'empari en el criteri de la secció d'harmonització de la Comissió de Codificació de la Generalitat, equipara el règim català a l'espanyol, no estaria de més donar un cop d'ull als canvis que s'han produït en el TS i en la DGRN.

Tradicionalment, el TS havia seguit la teoria clàssica, fins a la ja esmentada sentència d'11 de setembre de 2013, confirmada per la de 20 de gener de 2014, en la qual es va decantar per la

teoria moderna. L'argument central d'aquesta sentència es basa en la naturalesa jurídica del *ius delationis*, que no es veu alterada pel dret de transmissió. Considera el *ius delationis* com un «poder de configuració 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). Per tant, a través del dret de transmissió no hi ha una nova delació a favor del transmissari, ni un fraccionament de la delació que hi havia a favor del transmitent, sinó que és la mateixa delació a favor del transmitent la que el transmissari adquireix *ex lege*.

La doctrina d'aquestes sentències va ser acollida immediatament per la DGRN (RR. de 26 de març de 2014 i de 6 d'octubre de 2014), modificant també el seu propi criteri. No obstant això, recentment la DG no ha volgut portar els efectes de la teoria moderna fins a les seves últimes conseqüències. En la R. de 26 de juliol de 2017 va establir que, no obstant la jurisprudència 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», per la qual cosa l'usufructuari del transmitent havia d'intervenir en l'herència del primer causant (justament el contrari del que determina la DGDEJ en la resolució que comentàvem), doctrina ratificada en la R. de 25 d'abril de 2018. A més, en les RR. de 22 de gener de 2018 i de 25 d'abril de 2018 també va exigir el consentiment dels legitimaris del transmitent. Per tant, de moment, la DGRN acull la teoria moderna, però al meu parer no és congruent amb algunes de les conseqüències pràctiques que implica; mentre que la DGDEJ també l'acull, però difereix respecte de les seves conseqüències, encara que, lamentablement, sense cap fonamentació jurídica.

Com a conclusió, considero que la decantació entre la teoria clàssica i la moderna depèn de si es posa l'accent en el fet que el transmissari adquireixi el seu dret o poder de disposició *ex lege* (en aquest cas s'hauria de sostenir amb totes les conseqüències que adquireix del primer causant) o per haver estat designat pel transmitent (fet que implicaria l'aplicació de la teoria clàssica), ja que ambdós aspectes són igualment certs. Modestament, de lege ferenda, proposaria que la Llei establís un sistema d'adquisició automàtica de l'herència sense necessitat d'acceptació (naturalment, sens perjudici del dret a repudiar), ja que considero que és el més ajustat a la voluntat del causant (que possiblement no desitja que la seva herència passi a algú que ni ell ni el seu hereu han designat –ja que l'hereu no disposa de l'herència del seu causant), amb la qual cosa simplement serien innecessàries institucions problemàtiques com el dret de transmissió i l'herència jacent. *De lege lata*, en els testaments es podria preveure alguna cosa sobre això, com estendre l'aplicació de la substitució vulgar, a més dels supòsits ja previstos legalment, al cas de defunció d'algun dels hereus sense haver acceptat o repudiat l'herència; o, si es considera que això excedeix de l'àmbit de la substitució vulgar, establint una substitució preventiva de residu, que faria innecessària la vulgar expressa; o, si s'estima que això afectaria indubitablement els béns propis del transmitent, un fideïcomís condicionat al supòsit de no exercir-se el *ius delationis*. No obstant això, em sembla una mica complicat i produiria l'efecte indesitjat de l'entrada en joc de la possible acceptació tàcita, la prova de la qual podria ser una altra font de conflictes.



MITGERIA HORIZONTAL

La mitgeria horitzontal és una comunitat especial, sense que es pugui configurar com una servitud ni s'hagi de completar amb un dret de superfície si una part del terreny no és comuna.

RESOLUCIÓ JUS/2449/2018, d'11 d'octubre (DOGC 19.10.2018)

RESUM.- S'atorga una escriptura de constitució de servitud recíproca de sòl/sostre o càrrega i suport sobre dues finques ja existents antigament situades una damunt de l'altra i que comparteixen el que és el sòl per a l'una i sostre per a l'altra, i cadascuna té la seva pròpia entrada per carrers diferents, segons el croquis transversal aproximat següent, en el qual representem gràficament en vermell la finca superior, en verd, la inferior i en negre, els carrers:



Es pretén constituir una mitgeria en la línia juxtaposada entre ambdues finques i, a més, atribuir la propietat del que es troba per sota d'aquesta línia (i de la seva prolongació ideal sota la finca superior) a la finca inferior, incloent la part de terreny subterrani no ocupat per la finca inferior; i conferir a la superior la propietat del que es troba per sobre d'aquesta línia.

La Registradora de la propietat demana la descripció detallada i actualitzada de les finques afectades, les mesures de la part objecte de la mitgeria, la constitució d'un dret de superfície sobre la part de la planta baixa de la finca inferior que s'endinsa sota el terra de la superior, però sense limitar-hi i les coordenades georeferenciades de la part afectada. El Notari autoritzant presenta recurs, que és estimat íntegrament per la DGDEJ.

La DG qualifica la institució jurídica existent com de mitgeria horitzontal, regulada com una comunitat especial i no com una servitud en els arts. 555-1 i ss. CCCat. Malgrat que «El nostre ordenament ens proporciona diferents figures jurídiques per a regular les situacions en què la propietat s'exerceix sobre espais verticals. Regeix en el nostre dret el principi de llibertat civil i d'autonomia de la voluntat (article 111-6 del Codi civil de Catalunya). Per això, davant la multiplicitat de situacions fàctiques, l'ordenament reconeix als ciutadans l'elecció de l'instrument jurídic que sigui més adient al cas i a les finalitats volgudes. Ara bé, aquest principi ha de ser compatible i respectar les exigències estructurals del sistema i els límits que imposa la transcendència erga omnes de l'estatut jurídic dels béns. El règim jurídic que s'empri per a regular aquestes situacions ha de ser compatible amb la situació fàctica a què es vol aplicar. Són situacions de mitgeria aquells supòsits en què dues edificacions comparteixen paret de càrrega o sòl sustentador. Així, [...] és sòl mitger l'estructura horitzontal que té la finalitat de servir d'element sustentador i de divisió de construccions a diferents nivells en alçada o en el subsol (article

555-1.2). L'existència de paret mitgera o sòl mitger comporta una situació de comunitat entre els propietaris de les dues finques (article 555-1.3). De tot el que s'ha dit es pot deduir que la mitgeria s'aplicarà en aquelles situacions en què dos o més edificis comparteixen paret o sòl, i la propietat horitzontal quan dins d'un edifici o d'una altra mena d'immoble hi coexisteixin elements privatis amb altres de comuns.» (FD 2.3).

Sobre l'exigència d'un dret de superfície sobre la part no confrontant en què la finca inferior s'endinsa sota la superior, la DG entén que les parts poden regular la mitgeria com considerin oportú, sense que hagin de «limitar-la a l'espai concret de coincidència entre les dues finques perquè, recordem-ho, la porció ideal de sòl concreta de juxtaposició no és comuna, el que és comú és l'element que s'utilitza en comú». Per tant, és raonable que ambdues parts pactin, com en aquest cas, que tot el que queda per sobre del sòl/terra comú és propietat de la finca superior i que tot el que queda per sota és de la inferior, sense que sigui exigible la constitució d'un dret de superfície «que no tindria res a veure amb la voluntat comuna de les parts» (FD 2.6).

En relació amb la concreta determinació del sòl mitger, la DG considera que hauria estat desitjable que l'escriptura determinés i geolocalitzés l'espai, però això no és imprescindible: «l'escriptura determinés i geolocalitzés l'espai, si més no indicant els metres quadrats de planta baixa i els de planta entresol que ho són realment. Tot i això, l'escriptura té prou elements de prova perquè, si arriba el cas, ambdues parts –o, si escau, l'autoritat judicial– puguin establir quin era l'espai concret de referència, i també en resulta, com resulta del Registre, quina és la finca superior i quina la inferior. Essent la mitgeria una comunitat que afecta les dues finques limitada als espais que comparteixen, sí, però comunitat que afecta el conjunt dels immobles, no veiem imprescindible que s'hagi de delimitar de manera pràcticament pericial l'espai compartit. Així doncs, entenem que el Registre ha de publicar l'existència de la comunitat i la regulació que se n'ha convingut en els folis de les dues finques» (FD 3.1). Tampoc no estima necessària la modificació de la descripció registral de les finques «una bona praxi documental ha de dur a l'actualització de la descripció literària i a la coordinació gràfica dels dos registres immobiliaris que coexisteixen, cada un amb les seves funcions, en el nostre sistema, però hem de concloure que cap norma legal imposa l'actualització en el cas present perquè no es donen els supòsits que preveu la Llei hipotecària, redactada d'acord amb la Llei 13/2015, de 24 de juny, de reforma de la Llei hipotecària i del Text refós de la Llei del cadastre immobiliari. Cal tenir en consideració que la coordinació només és exigible en els casos regulats per l'article 9.b de la Llei hipotecària» (FD 3.2); i aquest no és un d'ells.

COMENTARI.- Sembla clar, de conformitat amb els arguments de la resolució, que la constitució d'una comunitat especial per raó de mitgeria no obliga a actualitzar la descripció de les finques sobre les quals es constitueix ni a georeferenciar la superfície comuna, que sembla descrita de forma suficient per a salvaguardar el principi d'especialitat.

El punt que em sembla més interessant és el del dret de superfície. Crec entendre que la solució de la DG és considerar que el terreny existent entre la planta inferior de la finca de sota i el terra de la de sobra també és mitger i entra dins la regulació de la mitgeria que estableixen les parts; o que simplement aquestes



Resolucions

poden arribar als acords que considerin adequats, sense entrar a assignar la situació a cap institució jurídica. Em sembla una solució més adequada que exigir la constitució d'un dret de superfície, que és un dret real temporal sobre finca aliena i que respondria a la configuració tradicional del dret de propietat com un dret il·limitat en sentit vertical (deien que fins al cel i fins al centre de la terra).

No obstant això, crec que la figura de la comunitat de mitgeria tampoc no encaixa bé amb el pacte en el qual es distribueix la propietat del que està situat per sota i per sobre de la línia juxtaposada, ja que la mitgeria horitzontal es limita a la finalitat de sostenir i de dividir les construccions (art. 555-1.2). Tampoc no ens trobem davant una propietat horitzontal, com bé entén la Resolució que comentem, malgrat que la RDGDEJ de 10 d'octubre de 2012 (DOGC 14.01.2013) ho explicava millor: en la propietat horitzontal només hi ha un immoble, format per elements comuns i privatis, i entre aquests hi ha una dependència física i funcional. En el cas que ens ocupa es tracta de dos edificis independents, fins i tot amb entrada per carrers diferents situades a nivells diferents, i que només comparteixen un element que els serveix de suport i de separació.

Al meu parer, la institució jurídica que millor acull la finalitat de les parts i la situació de fet és la comunitat pro diviso, una comunitat que no regula el Codi, però que és totalment admissible en funció del principi de llibertat civil que reconeix la mateixa resolució de les parts. En la comunitat pro diviso, el dret de cada copropietari no recau sobre la totalitat de la cosa, sinó que cadascú té dret a una part determinada. D'aquesta manera, el propietari de la finca superior tindria la propietat de la part situada per sobre de la línia divisòria i el de la finca inferior, la de la situada per sota; la utilització d'aquesta línia com a zona de càrrega i de separació es podria regular, ja sense la necessitat de constituir la comunitat de mitgeria, dins els pactes de constitució d'aquesta comunitat pro diviso.

RECURS GOVERNATIU

Una qualificació que ja havia estat objecte de recurs anteriorment no pot ser objecte de recurs governatiu.

RESOLUCIÓ JUS/2561/2018, de 30 d'octubre (DOGC 08.11.2018)

RESUM.- Es presenta recurs governatiu davant el Registre de la Propietat contra una qualificació que havia estat objecte de recurs, que va ser desestimat per la RDGDEJ, de 21 de novembre de 2016 (DOGC de 30 de novembre de 2018). La Registradora de la propietat trasllada el nou recurs a la DG, juntament amb un informe en el qual afirma que l'esmentat recurs no pot prosperar perquè recau sobre una qualificació que ja va ser objecte de recurs i desestimat per extemporaneïtat.

La DGDEJ acorda no admetre el recurs per: a) no haver estat interposat davant la mateixa DG; b) haver transcorregut el termini d'un mes des de la notificació de la qualificació negativa; c) recaure sobre una qüestió objecte de resolució ferma de la mateixa DGDEJ.

COMENTARI.-L'escriptura que va motivar el recurs va ser l'acceptació d'herència sobre la base d'un testament que havia esdevingut ineficax per ineficàcia sobrevinguda de la institució d'hereu per separació i divorci posterior del testador i l'hereva. La DG òbviament no entra en el fons de l'assumpte pels defectes procedimentals esmentats, que són evidents. Encara que la interessada podria haver provocat una nova qualificació registral simplement presentant novament l'escriptura al Registre, això tampoc no hauria estat suficient per promoure el recurs, ja que és un principi bàsic d'economia processal que un mateix organisme no ha d'entrar a resoldre novament el mateix assumpte ja resolt. En aquest cas l'únic camí que queda a la seva disposició és acudir als Tribunals de Justícia presentant una demanda amb la DGDEJ pel recurs de 2016, la qual cosa va dur a terme sense èxit, ja que aquesta demanda va ser sobreseguada poc abans de dictar-se aquesta resolució.

Jornada Notariat i Empresa, amb Foment del Treball

El passat 28 de maig va tenir lloc la Jornada "Notariat i Empresa: una visió crítica", organitzada pel Col·legi i Foment del Treball. La Jornada, inaugurada per Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, i Joaquim Gay de Montellà, president de Foment del Treball, acompanyats per Joaquim Tornos, president de la Comissió Jurídica de Foment i coordinador de la Jornada, va aportar una visió pràctica de temes com la representació de la societat, el protocol familiar i la successió de l'empresa, els drets i els deures dels administradors o els aspectes parasocials, estatuts i prestacions accessòries.

Leticia Ballester, Notària de Torredembarra i Gerard Conesa, Notari de Barcelona, van ser els Notaris ponents de la jornada, els quals van exposar "Representació de la societat. Qüestions pràctiques" i "Drets i deures dels administradors", respectivament. També van intervenir en la jornada José Manuel Calavia, catedràtic de Dret mercantil i Joan Roca, president executiu del despatx Roca Junyent, ambdós membres de la Comissió Jurídica de Foment del Treball.

Durant la inauguració, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, va recordar la seguretat jurídica que la funció notarial aporta al creixement econòmic i de les empreses, a més de posar en relleu



Joaquim Gay de Montellà (centre), president de Foment del Treball, i Joan Carles Ollé, degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, van inaugurar la Jornada, acompanyats per Joaquim Tornos, president de la Comissió Jurídica de Foment.



Vida corporativa

Durant la inauguració, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, va recordar la seguretat jurídica que la funció notarial aporta al creixement econòmic i de les empreses, a més de posar en relleu la importància de l'empresa en la creació de riquesa i d'ocupació i "com a factor determinant del progrés i del benestar social".

la importància de l'empresa en la creació de riquesa i d'ocupació i "com a factor determinant del progrés i del benestar social". A més, va remarcar que "malgrat la revolució tecnològica, a la qual els Notaris ens hem adaptat i per la qual hem apostat clarament, és evident que la signatura electrònica és un mitjà, no una finalitat, i mai no podrà substituir la funció notarial, el consell jurídic i la garantia de legalitat que ofereix el Notari".

Joaquim Gay de Montellà, president de Foment del Treball, va destacar que "la figura del Notari és sinònim de prestigi, seguretat i serietat en les relacions jurídiques", i va recordar que "el món econòmic i l'empresa estan empenent processos d'internacionalització i aquest també és un gran repte per a l'exercici notarial".

Jornades sobre els nous reglaments europeus de règims econòmics matrimonials

Els dies 4, 5, 11 i 12 de juny el Col·legi va celebrar les jornades sobre els Reglaments UE 2016/1103 i 2016/1104, de règims econòmics matrimonials i efectes patrimonials de les unions registrades, dedicades a analitzar amb deteniment aquests reglaments amb ponents de referència en aquest àmbit. Hi van participar tant catedràtics de Dret internacional privat com Notaris, que van exposar diferents aspectes d'aquests nous reglaments.

A la primera jornada van intervenir Andrés Rodríguez Nebot, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat Pablo Olavide de Sevilla, el qual va exposar "Els nous reglaments de la UE sobre efectes patrimonials dels matrimonis i de les unions registrades"; Àngel Serrano de Nicolás, Notari de Barcelona, el qual va tractar "Matèries excloses de l'àmbit dels reglaments 2016/1103 i 2016/1104 i adaptació dels drets reals"; i Martín Garrido Melero, Notari de Tarragona, el qual va presentar "Reconeixement, declaració i constitució de les parelles de fet". La segona va comptar amb la presència de Cristina González Beilfuss, catedràtica de

Dret internacional privat de la Universitat de Barcelona, per parlar sobre la "Validesa de l'acord d'elecció i dels capítols matrimonials"; Pablo Quinzà Redondo, professor de Dret internacional privat de la Universitat de València, amb el tema "Llei aplicable en defecte de l'autonomia de la voluntat en els reglaments 2016/1103 i 2016/1104"; i Pedro Carrión García de Parada, Notari de Reus, el qual va presentar "Publicitat i circulació del document notarial atorgat en aplicació dels Reglaments 2016/1103 i 2016/1104".

Les sessions de la setmana següent van comptar amb la presència d'Ana Quiñones Escámez, catedràtica de Dret internacional privat de la Universitat Pompeu Fabra, per presentar "Àmbit d'aplicació, llei aplicable i protecció de tercers en els Reglaments 2016/1103 i 2016/1104"; Aurelia Álvarez Rodríguez, professora titular, acreditada catedràtica, de Dret internacional privat de la Universitat de Lleó, la qual va parlar sobre "Immigrants no UE davant els nous Regla-

Les Jornades, amb la participació de notaris i catedràtics de Dret internacional privat, van analitzar en quatre sessions els diferents aspectes d'aquests nous reglaments.





ments"; Antoni Bosch Carrera, Notari de Barcelona, sobre "Solucions actuals internes per a aquests efectes patrimonials de les parelles estables en contraposició amb el Reglament 2016/1104"; Ramón García-Torrent Carballo, Notari de Barcelona, el qual va parlar sobre "Documents públics i transaccions judicials en els Reglaments 2016/1103 i 2016/1104"; Josep M. Fontanellas Morell, professor de Dret internacional privat de la Universitat de Lleida, amb el tema "Delimitació i coordinació entre el Reglament 650/2012 i els reglaments 2016/1103 i 2016/1104"; Jesús Julián Fuentes Martínez, Notari de Barcelona, amb "Una visió notarial dels reglaments 2016/1103 i 2016/1104"; i Diana Marín Consarnau, Professora de Dret internacional privat de la Universitat Rovira i Virgili, amb el "Reconeixement, força executiva i execució de resolucions".

XX Jornades de Dret civil català a Tossa de Mar

El 20 i 21 de setembre van tenir lloc les jornades de Dret civil català a Tossa de Mar (Girona), organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb altres institucions, entre aquestes el Col·legi, que arriben a la XX edició. En aquesta ocasió es van centrar en els reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions.

La primera ponència es va dedicar a la "Contractació i protecció dels consumidors", en la qual van participar Joaquim Forner, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat de Barcelona, el qual va parlar sobre "El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I)"; Fernando Gómez Pomar, catedràtic de Dret civil de la Universitat Pompeu Fabra, sobre "Contractació subjecta a Dret català, Dret internacional privat i Dret interregional"; Rafael Arnaiz, registrador de la propietat, el qual va exposar els "Aspectes registrals de la compravenda al Codi civil de Catalunya"; Lúdia Arnau, professora agregada de Dret civil de la Universitat de Barcelona, la qual va parlar sobre "La conformitat de la prestació amb el contracte: qüestions des del Codi de consum"; Mariló Gramunt, professora titular de Dret civil de la Universitat de Barcelona, sobre "La solució de conflictes en matèria de consum a Catalunya avui", i Sebastià Sastre i Josep M. Bachs, advocat i magistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona, respectivament, els quals van parlar sobre l'enfocament pràctic.

La segona ponència es va dedicar a "Aspectes del Dret de família", i va comptar amb la intervenció de Guillermo Palao, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat de València, per parlar sobre "Els reglaments (UE) núms. 2016/1103 i 2016/1104: una nova fita en el Dret internacional privat europeu de família"; Àngel Serrano, Notari de Barcelona, el qual va exposar el tema "Els matrimonis i les parelles de fet subjectes al Dret català i els reglaments europeus 2016/1103 i 2016/1104"; Jordi Ribot, catedràtic de Dret civil de la Universitat de Girona, el qual va parlar sobre "Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna", i Esther Farnós, professora lectora de Dret civil de la Universitat Pompeu Fabra, per parlar de "Perspectives de futur i noves formes de parentalitat". En aquesta ocasió, les acotacions al món pràctic les van presentar Víctor Asensio, Notari de Magrat de Mar; Carmen Varela, advocada, i Dolors Viñas, magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Finalment, la tercera ponència es va centrar en els "Aspectes del Dret de successions", amb les intervencions d'Albert Font, professor titular de Dret internacional privat de la Universitat Pompeu Fabra; M. Esperança Ginebra, professora titular de Dret civil de la Universitat de Barcelona, la qual va presentar "El Dret català i el Reglament europeu de successions", i Antoni Vaquer, catedràtic de Dret civil de la Universitat de Lleida, per exposar "Perspectives de futur en l'àmbit del Dret català de successions". L'enfocament pràctic el van aportar Víctor Esquirol, Notari del Masnou, Meritxell Gabarró, advocada, i Esther Sais, registradora de la propietat.

Universitat
de Girona



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
successions

<http://civil.udg.edu/tossa>



Vida corporativa



Són 35 els nous notaris que van escollir una plaça a Catalunya, la comunitat autònoma més demanada.

Dels 85 nous Notaris aprovats en aquesta oposició, 52 són dones (61%) i 33 són homes (39%), cosa que confirma la tendència de les dues últimes oposicions, en què el nombre de dones ha superat el d'homes.

Quatre de cada deu nous Notaris escullen Catalunya per exercir la professió

El 25 de setembre va tenir lloc l'acte de presa de possessió dels nous Notaris que, des d'aquesta data, ocupen places a Catalunya després d'aprovar l'última oposició. Concretament, dels 85 que van aprovar l'oposició, que es convoca a escala nacional, són 35 els Notaris que van escollir una plaça a Catalunya. Això suposa que més de quatre de cada deu nous Notaris, concretament

un 41,2%, van escollir Catalunya per exercir la professió. Dels 35, 20 són dones (57%) i 15 són homes (43%).

Catalunya va ser la comunitat autònoma més demanada, seguida de Il·luny per Andalusia (12) i Castella i Lleó (7). Les altres comunitats autònomes on van sol·licitar plaça els nous Notaris són: Aragó, Comunitat Valenciana, Galícia i Extremadura (4 nous Notaris a cadascuna) i Cantàbria, Castella-la Manxa, Illes Canàries, Navarra i País Basc (3 nous Notaris a cadascuna).

Les places ocupades pels nous Notaris són:

A la província de Barcelona (18): Barcelona (8), Caldes d'Estrac, Calaf, Capellades, Cardona, Granollers, Manlleu, Pal·lejà, Prats de Lluçanès, Santa Margarida de Montbui i Viladecans.

A la província de Girona (7): Amer, Blanes, Cadaqués, Camprodon, Figueres, L'Escala i la Bisbal d'Empordà.

A la província de Tarragona (6): Amposta, Constantí, L'Espluga de Francolí, Santa Bàrbara, Vil·la-seca i Ulldecona.

A la província de Lleida (4): Artesa de Segre, Lleida, Ponts i Sort.

Durant l'acte, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, els va donar la benvinguda i en va destacar "la preparació jurídica excel·lent que és fonamental mantenir amb l'estudi permanent i la formació continuada". Així mateix, va voler destacar "dos aspectes essencials de la professió: que exerciu una funció pública, de servei públic i que, per tant, ens devem als ciutadans. És necessari continuar sent útils a la societat." I, d'altra banda, va destacar la importància "de l'ètica i la moral de la nostra professió, que és el que marca la diferència". L'acte va comptar amb la presència de Xavier Bernadí, director general de Dret i Entitats Jurídiques.

En la darrera oposició, celebrada a Madrid entre el març de 2017 i el febrer de 2018, es van inscriure 853 llicenciats en Dret, que optaven a 85 places a tot Espanya.

Dels 85 nous Notaris aprovats en aquesta oposició, 52 són dones (61%) i 33 són homes (39%), cosa que confirma la tendència de les dues últimes oposicions, en què el nombre de dones ha superat el d'homes. Cal destacar que, entre els nous Notaris que han arribat a Catalunya, hi ha la número 1 de la promoció, Lucía Gil López de Sagredo, la qual és Notària de Santa Bàrbara (Tarragona).



En aquesta edició els temes tractats van ser Blockchain i smart contracts, la resolució de conflictes a través de l'arbitratge, la mediació i la conciliació, el debat sobre si la funció notarial ha perdut prestigi i els punts febles de la Notaria.

Celebrada la III Jornada Notarial de Sant Benet

El passat 10 de novembre va tenir lloc la III Jornada Notarial de Sant Benet, que consolida la recuperació d'unes Jornades el precedent de les quals se situa en les Jornades de Poblet celebrades entre el 1962 i el 1971. Aquesta jornada –represa el 2014–, dedicada a reflexionar sobre la professió en un fòrum exclusivament notarial que permet el debat, la crítica i suggeriments de millora, va suposar, en definitiva, aportar una visió plural per continuar avançant en la millora contínua del servei als ciutadans i el reforç de la professió.

La trobada va reunir prop de 60 notaris de Catalunya, que van repassar alguns dels temes de més interès notarial. De les ponències, com també de l'àmplia participació en els col·loquis posteriors, es van poder recollir les opinions de nombrosos companys sobre temes que ocupen –i preocupen– la corporació.

En aquesta edició els temes tractats van ser Blockchain i smart contracts, la resolució de conflictes a través de l'arbitratge, la mediació i la conciliació, el debat sobre si la funció notarial ha perdut prestigi i els punts febles de la Notaria.

En la inauguració Joan Carles Farrés, Notari de Barcelona, membre de la Junta Directiva i coordinador de la Jornada, va recordar breument els temes presentats en les dues edicions anteriors com també els proposats en aquesta, una Jornada “que constitueix un espai per reflexionar, dialogar i debatre sobre els temes proposats”.

Blockchain, smart contracts i Notariat

Francisco Rosales, notari de Los Palacios y Villafraña (Sevilla), va afirmar que “Blockchain és només un registre privat de documents privats”. Va assegurar que, per garantir la seguretat informàtica i en la informació, no són necessàries noves estructures ni termes en anglès, “que no deixen d'intentar ser una traducció terminològica dels termes tradicionals del dret”. Va exposar que la informació en *blockchain* ha de complir les característiques de traçabilitat, confidencialitat, disponibilitat i integritat, i que té gran importància el que s'anomena *timestamp* –una seqüència de caràcters que denoten l'hora i la data de creació, l'accés o la modificació del document.

El ponent va explicar que tots els nodes tenen tota la informació, tot i que va considerar que “la descentralització de la informació només és un pegat” i que “el que és realment fonamental és garantir la seguretat de la informació que tenim als despatxos”. No va qüestionar la robustesa del *hash* –resum d'un document que es troba en una altra banda–, *blockchain* o *bitcoin*, però va reflexionar sobre qui exerceix, en aquests casos, l'assessorament, el control de legalitat, si té valor de prova, els efectes executius, la tradició, la inscripció, la fiscalitat o el control del blanqueig de capitals, per exemple. Pel que fa als tokens –que representen una cadena alfanumèrica que pot ser una clau pública o privada, i poden representar una criptomoneda –va exposar que n'hi ha l'origen dels quals és el codi font d'un programa, cas en què és discutible el seu valor i utilitat, però no l'existència i les característiques; i d'altres l'origen dels quals no és el codi font, de manera que és discutible tot, fins i tot la seva existència. Pel que fa al consens sobre el funcionament del programa, va assegurar que



Francisco Rosales, Notari de Los Palacios y Villafraña (Sevilla), va exposar la seva visió sobre aquests nous conceptes tecnològics que cada cop tenen més presència social.



Vida corporativa

aquest sempre funciona i que funcioni d'una o altra manera només afecta les conseqüències. D'altra banda, va assegurar que els fets són els que són, i és una cosa extrínseca al programa.

Finalment, va exposar el tema dels *smart contracts*, sobre els quals va alertar que “no s’ha de confondre el contracte amb el suport del contracte” i va explicar que funcionen amb el sil·logisme “si”–“aleshores” de sempre. Va comentar que els articles 1255 i 1278 del Codi civil espanyol parlen del fet que els contractants poden establir els pactes, les clàusules i les condicions que considerin convenients, sempre que no siguin contraris a les lleis, a la moral i a l'ordre públic (art. 1255 CC) i que “els contractes seran obligatoris qualsevol que en sigui la forma en què s’hagin celebrat, sempre que hi concorrin les condicions essencials per a la seva validesa”. Pel que fa als requisits civils dels *smart contracts*, establerts en l'article 1255 del Codi civil, va exposar que aquests han de ser el consentiment dels contractants –sense confondre identificació amb identitat, capacitat i legitimació–, l'objecte cert que sigui matèria del contracte i la causa de l'obligació que s'estableixi. Sobre el tema de quina llei parla de la validesa dels *smart contracts*, va parlar de la situació actual, amb la celebració del contracte (entre les parts); l'elaboració del contracte (a càrrec del jurista); la redacció del contracte (a càrrec de l'escriptor); la conservació i la prova del contracte (per compte del registrador) i l'execució i el compliment del contracte (el jutge).

Finalment, va concloure que seria partidari “de gastar-nos més diners i més ben gastats per fer coses diferents”, ja que va afirmar que “el valor a l'alça no és el big data, sinó la privacitat”.

El Notari i la resolució de conflictes. Arbitratge vs Mediació vs Conciliació

La segona taula es va centrar en un diàleg entre els ponents sobre aquests mètodes de resolució de conflictes, en què José Alberto Marín va exposar la mediació i Antoni Bosch es va centrar en l'arbitratge. Bosch va presentar la idoneïtat de la figura del Notari per exercir com a àrbitre o mediador, ja que “els Notaris plantegem el conflicte sabent que sempre cal arribar a un acord”, però ha lamentat que “el problema de fons és cultural, atès que la cultura del plet està molt arrelada al nostre país”, com passa en nombrosos països mediterranis, mentre que en els anglosaxons hi ha més implantació. Pel que fa a la mediació, Marín va apuntar també la resistència del sector de l'advocacia, que sovint ho veu com un problema econòmic. Entre els seus avantatges va exposar, tant en l'extrajudicial com en l'intrajudicial, el poder mantenir la relació entre les parts.

En el cas de l'arbitratge, entre els seus principals avantatges hi ha la rapidesa –s'estableix un màxim de sis mesos i, quan un àrbitre dicta un laude sol, és impugnable davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i els casos d'impugnació no arriben al 10%–; la flexibilitat del calendari establert, i l'especialitat, en què es distingeix l'arbitratge de dret i equitat institucional i el no institucional, i diferents perfils professionals d'àrbitres. L'àrbitre cobra proporcionalment en funció de l'import de cada cas, i per poder ser àrbitre és necessari un mínim de 15 anys d'experiència. Actualment hi ha molt pocs àrbitres Notaris al Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). L'arbitratge internacional és l'assignatura pendent d'aquest Tribunal que, a més, actualment viu una situació de crisi de prestigi i de confiança, mentre que la Cort Arbitral de Catalunya està paralitzada. Tot i això, Antoni Bosch va destacar que “l'arbitratge és el sistema triat per les grans multinacionals per resoldre els seus problemes”. Els ponents van expo-

Els ponents van exposar les diferències i les similituds entre els diferents sistemes de resolució de conflictes.





sar que una de les diferències fonamentals entre mediació i arbitratge és la voluntarietat; en mediació no es proposa una solució, hi ha negociació i s'arriba a un acord (o no). En canvi, segons va explicar Antoni Bosch, en l'arbitratge la negociació no existeix. Els ponents van exposar que els principals problemes són la burocràcia (en l'arbitratge) i el desprestigi (en la mediació) i es va repassar breument la conciliació.

En l'àmbit de la mediació, José Alberto Marín va recordar que el Col·legi té un acord de formació amb l'entitat de referència en l'àmbit europeu, el CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), que ja ha acreditat fins al moment 18 mediadors. A més, el Col·legi ha constituït la Fundació Mediació Notarial i "en breu posarà en marxa un Centre de Mediació", ubicat als baixos de la seu col·legial. Pel que fa als temes tractats en aquests mètodes de resolució de conflictes, van informar que, en mediació, se centren bàsicament en Dret civil, immobiliari i successions, mentre que, en arbitratge, es tracten fonamentalment temes patrimonials. Per donar un impuls a tots dos mètodes, els ponents van coincidir a dir que seria important incloure clàusules als estatuts de les societats limitades o anònimes perquè se sotmetin a arbitratge o mediació.

Ha perdut prestigi la funció notarial?

Una altra de les taules es va dedicar a debatre sobre la qüestió de si ha perdut prestigi la funció notarial. Marc Sansalvadó, notari de Barcelona, va parlar de les dificultats per preservar la lliure elecció de Notari, exposant les grans diferències entre els Notaris en petites localitats i en grans ciutats, on "potser com que no hi ha prou mesures corporatives dissuasives, es produeix el problema de la concentració de signatures en pocs despatxos, cosa que provoca algunes disfuncions". Així, va assegurar que determinats APIS o bancs recomanen Notaris i han creat importants gestories sense respectar la lliure elecció de Notari, i va oferir alguns exemples com a mostra d'aquesta concentració, com ara dades de la signatura d'hipoteques o de cancel·lacions d'hipoteques a Barcelona en el darrer any, "fet que provoca efectes col·laterals. Entre aquests, afeblir els efectes que la Llei atribueix a l'escriptura pública, crear carteres de clients o reduir el nombre de Notaries que autoritzen documents de Dret mercantil, ja que es produeix una concentració de firmes bancàries, "per a la qual cosa són necessàries més mesures corporatives."

Va destacar les accions que ha impulsat la Junta Directiva per regular i limitar signatures fora del despatx, com també el conveni signat amb l'Ajuntament de Barcelona, i finalment va concloure que "el millor actiu dels Notaris, juntament amb la formació jurídica, és la credibilitat" i que "podem sentir-nos legítimament orgullosos de formar part de la nostra corporació".

Per la seva banda, Marta Fuentes, notària de Sant Vicenç dels Horts, va defensar que la professió no ha perdut prestigi, i va exposar tres arguments bàsicament: va destacar la tasca dels Notaris en la prevenció del frau; la confiança de l'Estat en la funció notarial, reforçada amb la Llei recent de jurisdicció voluntària i el fet que "el cos ha sabut reinventar-se i adaptar-se a les necessitats de la societat en cada moment, especialment davant les noves

Marc Sansalvadó, notari de Barcelona, va parlar de les dificultats per preservar la lliure elecció de Notari, exposant les grans diferències entre els Notaris en petites localitats i en grans ciutats.



Marc Sansalvadó, notari de Barcelona amb més de 30 anys d'experiència, i Marta Fuentes, notària de Sant Vicenç dels Horts de la penúltima promoció, van oferir la seva visió de la professió.



Vida corporativa

tecnologies i la globalització". Així, va destacar la tasca d'Ancert, Signo i la signatura electrònica acreditada o els coneixements en Dret estranger. També l'accés per oposició, que va considerar que mesura el prestigi de la professió.

Els punts febles de la notaria: quin és el teu?

Aquest va ser el tema escollit per tancar la Jornada, sobre el qual Alfonso Carbonell, notari de Sant Quirze del Vallès, va exposar alguns dels canvis principals que ha viscut des que va ingressar al Notariat. Així, va afirmar que actualment l'escalafó d'entrada a la professió ha canviat, de manera que molts ingressen per grans ciutats, i fins i tot Notaries de primera fa temps que estan vacants, mentre que d'altres arriben a una gran ciutat sense ser la primera destinació elegida. També va citar que menys Notaris opten a concursar, la desaparició del torn –del qual va opinar que potser es podria recuperar en alguns casos–

i el gran canvi tecnològic de les Notaries –que va començar a canviar el 2001 amb les comunicacions al Cadastre. En aquest sentit, va afirmar que "ara són un gran centre de connexió tecnològica, augmenta el valor afegit que donem a l'Administració, però també és cert que ha augmentat considerablement la càrrega de feina, tant qualitativament com quantitativament". Va fer esment de la feina presignatura, moltes vegades poc valorada i, pel que fa als convenis entre Notaris, va exposar el que en considera els avantatges i desavantatges. Va reflexionar sobre l'organització interna dels despatxos –alguns amb un oficial seguint tot l'expedient i l'escriptura de principi a fi, d'altres amb especialistes en cada àrea– i va esmentar com a mostra de la solidaritat i dels problemes als quals s'enfronten les Notaries les substitucions entre districtes, les guàrdies en eleccions, els canvis legislatius continus o les baixes per maternitat molt curtes.



La darrera de les taules es va dedicar a debatre i a reflexionar sobre els punts febles dels despatxos notariaus.

Va qüestionar els despatxos multidisciplinaris, per considerar que "la Notaria no pot esdevenir un apèndix de despatxos que no pertanyin al Notariat" i considera que "atempten contra la nostra funció" i va recalcar la importància de la proximitat i de l'assessorament.

D'altra banda, Carlos Estrada, notari de Tarragona, va partir de la premissa que "la corporació té molts més punts forts que febles", i que el primer pas per solucionar-los és reconèixer-ne les febleses. En el seu cas va exposar els que va considerar els avantatges d'estar convingut al despatx i va destacar la importància de la formació dels col·laboradors, a la qual va considerar que s'haurien de dedicar més esforços. Va parlar de la figura del delegat de districte "que es podria reforçar per organitzar formació, ponències, potenciar la relació amb les autoritats i enfortir els vincles del Notariat". Va recordar que la concentració de signatures és un problema i el perjudici que suposa, especialment en els préstecs hipotecaris, el "fenomen gestoria", és a dir, el fet que alguns operadors financers a través de gestors, sovint sense prou formació, imposin la seva redacció de determinats documents.



El degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va clausurar la Jornada exposant que “en els darrers anys hem viscut una crisi important, però la capacitat d’adaptar-nos a les circumstàncies que demana la societat ha fet possible que avui estiguem millor que deu anys enrere”.

Clausura

El degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va clausurar la Jornada exposant que “en els darrers anys hem viscut una crisi important, però la capacitat d’adaptar-nos a les circumstàncies que demana la societat ha fet possible que avui estiguem millor que deu anys enrere”. Va afirmar que “el Notari continua tenint la confiança del ciutadà, a més d’haver-se anat posicionant en àmbits nous”, com l’arbitratge, la mediació o la jurisdicció voluntària. Va exposar que no s’han aplicat més rebaixes aranzelàries, la darrera demarcació ha suposat un punt d’inflexió i la funció s’ha vist reforçada des d’un punt de vista legislatiu –posant com a exemples la Llei de reforma d’arrendaments urbans o la Llei de cooperació internacional, en què es reforça l’escriptura pública–, i que s’han neutralitzat els intents d’afeblir la funció i es va paralitzar en el seu moment el projecte de reforma del Registre Civil. Pel que fa al projecte tecnològic del Notariat, va assegurar que “col·laborar amb les Administracions –amb l’OCP, la base de dades de titularitat real...– ens està reforçant en l’àrea del Dret mercantil i ens beneficia davant la societat”.

Jornada sobre el crèdit immobiliari i l’habitatge

La Jornada va repassar els problemes i les perspectives del crèdit immobiliari a Espanya i a Europa.

El 15 de novembre va tenir lloc la Jornada sobre el crèdit immobiliari i l’habitatge: problemes i perspectives a Espanya i a Europa. Inaugurada i moderada per Àngel Serrano, notari de Barcelona, van ser ponents Miriam Anderson, professora agregada de Dret civil del Departament de Dret Privat de la Universitat de Barcelona; Esther Arroyo, titular de la càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu de la Universitat de Barcelona; Andrés Domínguez, catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Valladolid; María Ángeles Parra, magistrada de la Sala Primera Civil del Tribunal Suprem, i el mateix Àngel Serrano.

A l’acte també es va fer la presentació del llibre coordinat per Miriam Anderson i Esther Arroyo “The impact of the mortgage credit in Europe. Contrasting views from member states, Groningen, Europa Law Publishing, 2017”. L’obra, presentada per les seves autores, s’ha centrat en diversos Estats de la Unió Europea –concretament Alemanya, França, Bèlgica, Holanda, Espanya, Irlanda, Portugal, Itàlia, Grècia, Polònia, Anglaterra i Malta, a més d’Espanya. L’obra recull la situació del mercat immobiliari en aquests països abans de la transposició de la directiva europea; els efectes de la transposició –no en el cas d’Espanya, on encara no s’ha–, i aspectes que la directiva no soluciona.

D’altra banda, la resta de ponents van repassar diversos aspectes de la Llei actual i de la proposta de Llei de crèdit immobiliari, com les clàusules abusives, el caràcter d’habitatge habitual, les regles de la subhasta, l’execució de l’habitatge, el venciment anticipat o l’acta notarial que preveu la proposta de llei, entre altres.





Vida corporativa

La jurista Alegria Borrás rep el Premi Puig Salellas 2018

El 4 de desembre va tenir lloc al Col·legi de Notaris de Catalunya l'acte de lliurament del X Premi Puig Salellas, que enguany s'ha atorgat a la catedràtica de Dret Internacional Privat Alegria Borrás, en un acte presidit per Ester Capella, consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Alegria Borrás és llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona (1964) i Doctora en Dret cum laude per la mateixa Universitat (1970). Catedràtica des de 1985, i actualment professora emèrita de la Universitat de Barcelona, és membre de nombroses associacions científiques i professionals catalanes, espanyoles i internacionals. Des de 2012 és membre de la Comissió de Codificació de Catalunya i ha publicat més de 200 treballs en diversos països. Entre les seves línies de recerca destaquen el Dret internacional privat de la Unió Europea, la protecció internacional dels infants i l'adopció internacional, el Dret internacional privat de família i successions, i els ordenaments jurídics no unificats.

El Premi Puig Salellas és el màxim guardó que atorga anualment el Col·legi per reconèixer una persona o institució que, en l'àmbit de Catalunya, hagi acreditat una destacada trajectòria d'estudi, de recerca, de creació, de docència o d'aplicació del Dret.

L'exposició de motius de l'acord pres per la Junta Directiva del Col·legi esmenta que és mereixedora del guardó "en reconeixement de la seva extraordinària trajectòria jurídica i, molt especialment, de la seva llarga i molt brillant dedicació acadèmica a la Universitat de Barcelona, on ha esdevingut un referent indiscutible en la seva disciplina, mestra de generacions successives de professors i juristes catalans. Així mateix, l'excel·lència adquirida en la seva extensíssima producció científica, com també la seva participació molt valuosa des de fa diverses dècades en les més diverses comissions jurídiques nacionals i internacionals, i molt especialment en la Conferència de l'Haia de Dret Internacional Privat, l'ha convertit en una de les nostres juristes més rellevants i prestigioses de les darreres dècades del segle XX i les primeres del XXI, amb un llegat jurídic excepcional".

En un acte que va reunir més d'un centenar de persones, entre aquestes la vídua de Josep M. Puig Salellas i nombroses autoritats del món jurídic, Alegria Borrás va rebre el guardó de la mà de la consellera de Justícia, acompanyada del degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé. Ollé va destacar, en el decurs de la seva intervenció, el fet d'haver arribat a la desena edició des de la instauració del Premi, "ja consolidat com un referent de primer ordre en l'àmbit jurídic català, i que ha posat en relleu, un cop més, el nivell d'excel·lència molt alt dels nostres juristes, del qual la nostra premiada és un exemple ben destacat".

Lluís Jou, president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i Notari de Barcelona, va ser l'encarregat de glossar la figura de l'homenatjada, fent un repàs de la seva activitat universitària, del seu vessant europeu, de les col·laboracions amb els òrgans consultius del Govern de Catalunya, de la participació en institucions i de les condecoracions. Del seu perfil personal, va destacar que "no ha deixat mai d'estudiar, d'ensenyar i d'escriure" i el fet que "als Notaris ens ha facilitat extraordinàriament la feina".

Alegria Borrás va iniciar el seu discurs exposant els motius pels quals s'ha dedicat al



La consellera de Justícia, Ester Capella, va lliurar el Premi Puig Salellas a la jurista Alegria Borrás, en presència del degà del Col·legi.

El Premi Puig Salellas és el màxim guardó que atorga anualment el Col·legi per reconèixer una persona o institució que, en l'àmbit de Catalunya, hagi acreditat una destacada trajectòria d'estudi, de recerca, de creació, de docència o d'aplicació del Dret.



Alegría Borrás va iniciar el seu discurs exposant els motius pels quals s'ha dedicat al Dret i, posteriorment, més concretament al Dret internacional privat, que va definir com "obert, aventurer, que requereix ser imaginatiu i molt diferent d'altres disciplines".

Dret i, posteriorment, més concretament al Dret internacional privat, que va definir com "obert, aventurer, que requereix ser imaginatiu i molt diferent d'altres disciplines", va destacar la presència creixent d'aquesta especialitat en l'entorn actual i va reflexionar sobre la seva aplicació en conflictes interns. Va fer esment especial a la seva etapa com a docent.

Ester Capella, consellera de Justícia, va clausurar l'acte destacant el paper del Notariat a Catalunya, "fortament arrelat a la societat i a la cultura jurídica", com també el seu paper "en el desenvolupament del Dret civil al llarg de la història" i en va reconèixer "la contribució essencial en la redacció del Codi civil de Catalunya i en la seva preservació."

En les edicions anteriors el premi va recaure en: tots aquells que van ser consellers de Justícia de la Generalitat de Catalunya, en reconeixement de la seva contribució al procés d'actualització del Dret civil català (I edició); Juan Vallet de Goytisolo (II edició); José Juan Pintó Ruiz (III edició), Encarna Roca (IV edició), Robert Follá (V edició), Ferran Badosa (VI edició), Lluís Puig i Ferriol (VII edició), Juan José López Burniol (VIII edició) i Pablo Salvador Coderch (IX edició).

Alegría Borrás Rodríguez (Barcelona, 1943) es va llicenciar en Dret a la Universitat de Barcelona (1964), on posteriorment es va doctorar cum laude (1970). Del 1964 al 1982 va ser professora ajudant i després adjunta de Dret Internacional Públic i Privat a la Universitat de Barcelona. Va ser catedràtica de Dret Internacional Privat a la Universitat de Còrdova (1982-1983), a la Universitat Autònoma de Barcelona (1983-1985) i, des del 1985, a la Universitat de Barcelona. Actualment és professora emèrita de la Universitat de Barcelona.

A la Universitat de Barcelona ha estat directora del Departament de Dret i Economia Internacionals i presidenta de la Comissió de Relacions Internacionals, des d'on va participar en la implantació del Programa ERASMUS, i ha coordinat i participat en nombrosos projectes de recerca catalans, espanyols i europeus.

A Catalunya, ha estat membre de la Comissió Jurídica Assessora del Govern de Catalunya (1986-2005), membre del Consell Científic del Patronat Català Pro Europa del Govern de Catalunya (1985-2000); membre del Consell Nacional per a l'Avaluació de la Recerca (1996) i presidenta de la Comissió de Ciències jurídiques (1997). També va ser membre de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya (1986-2005), membre del Consell d'Assessorament, Seguiment i Avaluació de la Recerca del Govern de Catalunya (2001-2004) i, des del 2012, és membre de la Comissió de Codificació de Catalunya. També és membre permanent de la Comissió General de Codificació d'Espanya –Secció Primera: Dret civil– des de 2005.

En l'àmbit europeu ha estat delegada d'Espanya a la Conferència de l'Haia de Dret Internacional Privat des del 1986, Cap d'aquesta delegació des del 1992, delegada per a la Cooperació Judicial en Matèria Civil dins la Unió Europea des del 1993, i delegada en el Comitè Permanent del Conveni de Lugano sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria civil i comercial des del 1996, delegada en el Consell d'Afers Generals i Política de la Conferència des del 2007 i va presidir la Comissió Especial sobre l'aplicació del Conveni de 1993 en matèria d'adopció internacional (2000-2005), entre altres.

És membre de nombroses associacions científiques i professionals espanyoles, internacionals i estrangeres, entre aquestes l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, l'Associació Espanyola per a l'Estudi del Dret Comunitari Europeu, de la International Law Association (secció espanyola), membre titular de l'Institut de Droit International; del Grup Europeu de Dret Internacional Privat des del 1991, o membre de la Private International Law Advisory del British Institute of International Comparative Law des del 2010. També forma part dels comitès científics i assessors de diverses revistes especialitzades, entre les quals destaquen la direcció de la Revista Española de Derecho internacional (2009-2015) i la codirecció de la secció de "Jurisprudència comunitària" de la Revista Jurídica de Cataluña des del 1987.

Compta amb més de 200 publicacions sobre Dret internacional privat i Dret comunitari europeu a tot Europa, especialment en relació amb la protecció internacional de nens,



Vida corporativa

adopció internacional i obligacions alimentàries; Dret internacional privat de família i successions, procediment civil internacional i els instruments de Brussel·les i Lugano; Dret internacional privat de la Unió Europea, i sobre els sistemes jurídics plurilegislatius.

Ha estat guardonada amb la Creu Distingida de Primera Classe de l'Ordre de Sant Ramon de Penyafort (1996), la Creu de l'Orde d'Isabel la Catòlica (1997) i la Creu de Sant Jordi de la Generalitat de Catalunya (2014).

Presentació del llibre Estudis sobre el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya i conferència de Rémy Cabrillac

El 10 de desembre va tenir lloc la presentació del llibre Estudis sobre el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, coordinat pel Notari de Barcelona Àngel Serrano. El llibre aprofundeix en les diferents institucions que regula el Dret d'obligacions i de contractes, sobretot se centra en la compravenda i el mandat, però també repassa altres institucions clàssiques catalanes. Entre els autors hi ha diversos Notaris –Emili Rosselló, Antonio Longo, Ignacio Boisán, Antoni Bosch i Lluís Jou– com també catedràtics i professors de Dret civil. El contingut i l'enfocament, sense ser un comentari ni un estudi sistemàtic, conté una anàlisi teòrica i pràctica des de diferents perspectives de les institucions del Llibre sisè.

En el decurs de l'acte, el professor Renée Rémy Cabrillac, professor de la Facultat de Dret i Ciències polítiques de Montpeller, va exposar la conferència "El nou dret francès de les obligacions". El ponent va analitzar les implicacions de la reforma del Dret de contractes a França –no renovat des del 1804–, marcada per dues característiques que es manifesten en les necessitats econòmiques i socials dels contractes. D'una banda, l'organització i la flexibilitat contractual i, de l'altra banda, la protecció de la part més feble i l'aplicació de la teoria de la imprevisió.

En el marc de la presentació del llibre, Remy Cabrillac, professor de la Facultat de Dret i Ciències Polítiques de Montpeller, va pronunciar la conferència "El nou Dret francès de les obligacions".





Durant l'acte, Miquel Roca Junyent, ponent de la Constitució, va pronunciar la conferència "La Constitució quaranta anys després", en què va afirmar que "la Constitució és fonamentalment un text polític que marca les bases de la convivència en un país", i és un exemple de "no només acceptar la discrepància, sinó fer-la possible, i, des d'aquesta, pactar".

Miquel Roca, ponent de la Constitució, va pronunciar la conferència "La Constitució quaranta anys després", en un acte presidit per Pedro Garrido, director general dels Registres i del Notariat.

Acte commemoratiu del 40 aniversari de la Constitució

El 20 de desembre va tenir lloc al Col·legi l'acte commemoratiu del 40 aniversari de la Constitució, presidit pel director general dels Registres i del Notariat, Pedro Garrido, acompanyat pel degà del Col·legi, Joan Carles Ollé.

Durant l'acte, Miquel Roca Junyent, ponent de la Constitució, va pronunciar la conferència "La Constitució quaranta anys després", en què va afirmar que "la Constitució és fonamentalment un text polític que marca les bases de la convivència en un país", i és un exemple de "no només acceptar la discrepància, sinó fer-la possible, i, des d'aquesta, pactar". Va destacar que es tracta de la primera Constitució feta des del consens al nostre país, com també la primera sotmesa a un referèndum popular, en el qual es va aprovar amb el 90% dels vots, fet que va considerar fonamental per exposar el seus dubtes sobre si és necessària reformar-la. Roca va assegurar que "pluralisme significa pacte, respectar les idees sabent que hauràs de pactar. I sense pacte no hi ha progrés". Així mateix, va explicar que la Constitució va resoldre diverses qüestions fonamentals, com "retornar la sobirania al poble o l'Estat de les autonomies" i va assegurar que "qualsevol avenç transformador i de futur ha de descansar en el compliment estricte del Dret". Finalment, va assegurar que "precisament perquè llavors vam fer el que vam fer, ara alguns demanen més", i va afirmar que "el futur passa per no trencar els valors constitucionals, el règim de convivència, buscar un consens ampli i el respecte de l'adversari i de la discrepància".

Per part seva, Joan Carles Ollé en el seu discurs va destacar que "la Constitució ha atorgat, no només al Notariat, sinó a la societat en general, l'estabilitat i la seguretat personal i jurídica necessàries per a poder avançar i progressar". En relació amb el debat obert sobre la necessitat o no de reforma reformar-la, Ollé va afirmar que "hi pot haver i hi ha diferents punts de vista sobre la vigència de l'esperit i de la seva normativa i de la necessitat o no de la seva reforma i, fins i tot en aquest darrer cas, sobre el seu sentit, visions diferents que

reflecteixen la pluralitat de la societat catalana i espanyola en el seu conjunt". D'aquesta manera, en la seva intervenció va destacar la importància de la seguretat jurídica, principi recollit a l'article 9.3 de la Constitució, i va assegurar que "el correcte funcionament dels mercats exigeix el desenvolupament eficaç de les relacions jurídiques, raó per la qual resulta decisiva la presència d'un funcionari públic amb una alta preparació tècnica, el Notari, que garanteixi que només molt excepcionalment aquestes puguin ser discutides". I va destacar que "per tant, la intervenció del Notari incorpora el valor afegit de reportar un índex de litigiositat baixíssim, de prevenir i evitar el plet i el conflicte amb caràcter general". Va finalitzar la seva intervenció apel·lant al fet que "partint del principi de respecte de la llei com a clau de volta de nostre sistema democràtic i de Dret, és necessari recuperar l'esperit constitucional de 1978, basat en la tolerància, el diàleg, l'acord, el pacte i la voluntat de concòrdia."





Vida corporativa

L'acte va ser clausurat per Pedro Garrido, Director general dels Registres i del Notariat, el qual en la seva intervenció també va recordar el consens de la Constitució i els grans avenços aconseguits respecte de la societat de 1978 "especialment en relació amb la situació dels ciutadans com a tals". Va esmentar l'article 10 de la Carta Magna, centrat en "la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte de la llei i dels drets dels altres com a fonament de l'ordre polític i de la pau social", gràcies al qual "tant a Espanya com a Catalunya tothom té garantits els seus drets". Va concloure la seva intervenció assegurant que "la Constitució és la base de tot aquest progrés", recordant que "sense respecte de la llei tot es trenca" i destacant la tasca dels juristes "de recordar la importància del sistema jurídic i constitucional a la vida quotidiana i per al desenvolupament de la societat", amb la finalitat de "canalitzar la societat en una via de progrés, convivència i respecte".

Presentació del monogràfic de la revista "La Notaria"

Durant l'acte es va presentar el número extraordinari de la revista La Notaria, íntegrament dedicat a aquesta efemèride. El monogràfic de la revista corporativa del Col·legi de Notaris de Catalunya (número 2/2018), fundada el 1858 –la publicació jurídica més antiga d'Espanya–, aquest cop editat amb la col·laboració del Ministeri de Justícia, recull articles de juristes com Pascual Sala, que fou President del Tribunal Suprem, del Consell General del Poder Judicial i del Tribunal Constitucional; Josep M. Vallès, exconseller de Justícia; Santiago Muñoz Machado, catedràtic de Dret administratiu, Joaquín Tornos, que va ser president del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya, o Jesús Delgado Echeverría, president de la Comissió aragonesa de Dret civil. També inclou articles dels Notaris que han estat degans de la institució, com Lluís Jou, Robert Follia, Juan José López Burniol, José Marquero o el degà actual, Joan Carles Ollé.

La Notaria

Monogràfic | Número 2 | 2018 Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya Fundada el 1858

40 Aniversari de la Constitució: una àmplia perspectiva de la Carta Magna

"La Constitució és el símbol més clar de la necessitat del pacte com a element cohesionador de la democràcia"
Entrevista a **Miguel Roca Junyent**
PONENT DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA DE 1978

"Adaptar la Constitució als nous temps és la demostració que és més viva que mai"
Entrevista a **Dolores Delgado García**
MINISTRA DE JUSTÍCIA

"A la Constitució se li fa dir coses que mai havia volgut dir"
Entrevista a **Ester Capella i Farré**
CONSELLERA DE JUSTÍCIA

TRIBUNES D'OPINIÓ

Pascual Sala Sánchez
José Marquero 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

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

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primera pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línies (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles *doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles *pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACCEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els articles *doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles *pràctics* o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se negreta (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— Notes a peu de pàgina. Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— Cites. Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.



Tota l'actualitat del Col·legi a un sol click

Pots consultar la revista La Notaria,
altres publicacions i tota l'actualitat a
www.notarisdecatalunya.org

I també pots accedir a l'Arxiu Històric
de Protocols de Barcelona, conèixer la
Fundació dels Notaris de Catalunya,
informar-te sobre l'Acadèmia d'Opositors
de Catalunya...

**Tot això i molt més. Així de fàcil,
així de còmode, així de ràpid.**