

LaNotaria

Número 1 | 2018

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

La Base de Datos de Titularidad real: una apuesta notarial de referencia

**Jornadas Derecho, Inmigración y Empresa:
un fenómeno complejo, a debate**

**«Para adaptarnos a los tiempos, hay que suprimir
barreras administrativas innecesarias»**

Entrevista a Marina del Corral Téllez
SECRETARIA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN

**«Los notarios dan seguridad a las personas, lo que es un valor de
siempre, pero hoy en día, todavía más»**

Entrevista a Marc Simón Martínez
SUBDIRECTOR DE FUNDACIÓN BANCARIA "LA CAIXA"

TRIBUNA

Josep Santdiumenge Farré
Pedro Rincón de Gregorio
Antonio Longo Martínez
José Alberto Marín Sánchez
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Jurisprudencia reciente del TSJCAT en materia de
Derechos Reales y Sucesiones
Representación de la sociedad. Cuestiones prácticas
La curatela a la luz de la Convención de las Naciones
Unidas sobre los derechos de las personas con
discapacidad y su antecedente en la "cura furiosi"

PRÁCTICA

Un Lei para mi amigo, por favor
La Ley de modificaciones estructurales
de las sociedades mercantiles
en la práctica reciente
Acotaciones a los conceptos de valuabilidad
e inscribibilidad en AJD

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

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaria Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chuliá (*U. de Valencia*), Roberto 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*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.

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

© 2010 Il·lustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.notariosdecataluña.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Nombramiento de asistente y limitación voluntaria del poder de disposición

Es institución cada vez más frecuente, en la generalidad de códigos civiles más modernos, sea que se van promulgando o modificando (alemán, argentino, brasileño, catalán, holandés, italiano, japonés o quebequés), la figura del asistente (sea con esta o similar denominación y equiparable finalidad, aunque con su peculiar regulación positiva); su inclusión responde a la necesidad de contar con persona (o personas) de confianza que, cuando no procede acudir a la modificación judicial de la capacidad de obrar, sin embargo, sí procede y es conveniente, sea por la dificultad para tomar decisiones financieras, patrimoniales o, sin más, por mejor garantizarse el acierto en la decisión, el que se acuda al nombramiento de un asistente. Así lo contempla el Código Civil catalán, arts. 226-1 a 226-7 CCCat, remitiéndose, en lo que sean compatibles a las normas de la tutela, y con la necesidad, art. 226-7 CCCat, de inscribirse en el Registro Civil para ser oponible a terceros, junto a que tiene que ser constituida en sede judicial, aunque no afecta a la capacidad de obrar, pues se parte y no se modifica de la que tiene la persona natural que la insta, aunque sí afecta a su poder o facultad de disposición.

No obstante su reconocimiento legislativo, junto a la indudable buena intención de su previsión, de su contenido, e incluso de su misma conveniencia, lo cierto es su absoluto fracaso en la práctica, sea por ser institución cuasi desconocida o, sencillamente, por la forma o vía en que necesariamente debe constituirse; al efecto, no cabe desconocer que se está ante persona natural que no tiene modificada judicialmente su capacidad de obrar, cfr. art. 226-1.1 CCCat, sino solo disminuidas sus facultades psíquicas o físicas, eso sí en forma no incapacitante. Tampoco puede desconocerse, aunque sea institución diferente, la frecuencia en su otorgamiento, e indudable utilidad –al margen de posibles casos patológicos– de los poderes preventivos, que en sí –y con una recta actuación del apoderado, por otra parte lo absolutamente habitual por ser personas de total confianza– ya pueden hacer innecesaria la asistencia, por bastar que actúe el apoderado, al efecto, art. 1732 último párrafo CC y art. 222-2 CCCat, aquí considerado dentro de la tutela y no del mandato, y que, además, hace innecesaria, legalmente (art. 222-2.1 CCCat), la constitución de la tutela para las personas mayores. Las previsiones de derecho comparado, para figuras equiparables, en su finalidad, a la del asistente, pueden encontrarse en los parágrafos 1896 a 1908i BGB; art. 43 CC argentino, de 7 de octubre de 2014 (“Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad”); art. 1783-A y sus párrafos CC brasileño (introducidos por la Ley nº. 13.146 de 6 de julio de 2015, que tiene la clara denominación de “Da tomada de decisão apoiada”); arts. 431 a 462, del Libro 1 del CC holandés (o Título 19 – Fiduciary administration for the protection of adults); arts. 404 y ss. CC italiano (“Amministrazione di sostegno”); arts. 876-6 a 876-10 CC japonés o, finalmente, arts. 291-294 CC quebequés (“Du conseiller au majeur” o “Advisers to persons of full age”).

La asistencia es, como se acaba de ver, institución generalizada en otros códigos modernos, pero conviene preguntarse, dado el absoluto éxito del poder preventivo, si no sería conveniente que, en lugar de residenciar la asistencia exclusivamente en sede judicial, fuese alternativa con poderla constituir también por vía notarial, y, de igual forma, destacar la utilidad de la autolimitación del poder de disposición, en base a los acertados –y extrapolables– fundamentos de derecho de la resolución de la DGDEJ, de la Generalitat de Catalunya, JUS/3040/2012, de 28 de noviembre,

aunque tenga que ser con carácter temporal, pero nada debería impedir el poderlo sujetar a una duración mínima –más allá de cuatro años o incluso vitalicio por afectar a personas de avanzada edad- como, también, fijar un plazo de reflexión –breve pero suficiente- previo a la revocación, todo ello a fin de evitar actos impulsivos o precipitados.

La distinción básica, para que pueda ser en sede notarial el nombramiento del asistente o dar contenido similar al poder preventivo, reside en distinguir entre modificación de la capacidad de obrar (que exclusivamente podrá ser en sede judicial) o de la facultad o poder de disposición (que nada impide ya que pueda ser en sede notarial). Y, por ello, lo que aquí se propone es poder modular voluntariamente el poder de disposición, pues lo que es la capacidad de obrar parece evidente, por afectar al estado civil, que tiene que ser exclusivamente judicial, aunque en ordenamiento tan relevante, en el ámbito del derecho comparado, como es el francés, se postule la contractualización, eso sí garantizada por el formalismo, al exigir “d’un acte authentique”.

Para esta autolimitación del poder de disposición, también puede servir de referencia (aunque cierto que aquí ya hay expresa previsión legal), la prohibición subjetiva que establece el art. 6.2.b), de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, cuando les queda prohibido a: “b) Las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme”, en que, como es de ver, no hay propiamente autolimitación, aunque sí haya solicitud de que le sea prohibido, o, en su caso, resolución judicial firme.

Dicho lo que precede, se trata, pues, de modular únicamente el poder de disposición, afecte a todo el patrimonio o, únicamente, a bienes concretos, que de ser inmuebles ya es accesible al Registro de la Propiedad; y justo por no afectar a la capacidad de obrar sí puede ser ante notario, unido a que necesariamente tendrá que ser por persona con capacidad de obrar plena; cuestión distinta será que la edad u otras circunstancias aconsejen –pues no está como presupuesto en situación de modificarle judicialmente la capacidad de obrar- el tener uno o varios asistentes –o incluso un consejo- para que completen su poder de disposición, esto ya podría hacerse como una cláusula o previsión más del poder preventivo, a fin y efecto de modular las distintas fases por las que en su vejez pueda la persona –que se nombra el asistente y da el poder preventivo- ir necesitando solo de mero complemento o ser ya necesario que actúe únicamente el apoderado preventivo.

En consecuencia, y, sin perjuicio de que sean una o más personas, por la trascendencia económica o personal de los actos, ya es posible notarialmente modular lo que solo afecta al poder de disposición, y es lo que hace posible que sea ante notario, con las limitaciones asimilables a la prohibición de disponer (cfr. RDGRN de 18 de febrero de 2016), y, desde luego, con la publicidad de que ya gozan los poderes preventivos, pues sin conocimiento de su existencia mal podrá oponerse a terceros, aunque incluso sin inscribir tampoco quepa desconocer la oponibilidad propia de la escritura pública.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Nombramiento de asistente y limitación voluntaria del poder de disposición
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- La notificación de la cesión del crédito hipotecario del artículo 569-28.2
Josep Santdiumenge Farré 7
- El registro de titularidades reales: el ejemplo español
Pedro Rincón de Gregorio 15
- Sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña
Antonio Longo Martínez 26
- El control de la titularidad real de las personas jurídicas: cosa veo, cosa quiero
José Alberto Marín Sánchez 33
- Inmigración e igualdad de derechos
Joan Carles Ollé Favaró 36



Entrevista

- “Para adaptarnos a los tiempos, hay que suprimir barreras administrativas innecesarias”
Marina del Corral Téllez 38
- “Los notarios dan seguridad a las personas, lo que es un valor de siempre, pero hoy en día todavía más”
Marc Simón Martínez 46



Doctrina

- Jurisprudencia reciente del TSJCAT en materia de Derechos Reales y Sucesiones
Maria Eugènia Alegret Burgués 53
- Representación de la sociedad. Cuestiones prácticas
Leticia Ballester Azpitarte 68
- La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*
Núria Coch Roura 74



Internacional

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de agosto de 2018: Se admite que los intereses remuneratorios subsisten al declararse abusivos los moratorios, pero no resuelve completamente la cesión de créditos hipotecarios
Ángel Serrano de Nicolás 87



Práctica

- Un Lei para mi amigo, por favor
Leticia Ballester Azpitarte 96
- La ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en la práctica reciente
Ricardo Cabanas Trejo 98
- Acotaciones a los conceptos de valuabilidad e inscribibilidad en AJD. Especial referencia a novaciones de préstamos o créditos garantizados con hipoteca
Javier E. Satué de Velasco 109



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Lefebvre-El Derecho 118
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 126



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 130
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez 182



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 188

La notificación de la cesión del crédito hipotecario del artículo 569-28.2



Josep Santdiumenge Farré
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra

1. El deber de notificar al deudor la cesión de un crédito o préstamo hipotecario

El apartado 2 del artículo 569-28 del Código Civil fue introducido con ocasión de la aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (DOGC núm. 7314 de 22.2.2017 y BOE núm. 57 de 8.3.2017). Este **nuevo apartado 2 establece la obligación de que el deudor hipotecario y, en su caso, el titular registral del bien hipotecado, sean debidamente notificados cuando el acreedor transmita a un tercero el derecho de crédito hipotecario cuya exigibilidad pueda repercutir en los bienes gravados de aquéllos**. La regla dice así: «El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor

y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula». **Este deber de notificación no tiene efectos retroactivos y rige solamente para aquellos créditos o préstamos sean objeto de titulización o de transmisión a partir de la vigencia de la norma**. Así lo dispone la disposición transitoria séptima, según la cual, «[l]a modificación del artículo 569-28 no es aplicación a las cesiones de créditos o préstamos hipotecarios que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de la ley». Este artículo 569-28.2 ha sido diseñado como un engranaje jurídico más destinado a proteger al deudor – que garantizó el pago del préstamo con hipoteca sobre un bien inmueble– frente a las operaciones financieras realizadas entre su acreedor –p.ej. entidades de

crédito– y determinados terceros –p.ej. fondos “buitre”– en las que el primero transmite al segundo un número determinado de créditos o préstamos hipotecarios de su cartera. **Está claro que, con esta nueva norma, el legislador catalán persigue reforzar la protección jurídica del deudor hipotecario cuando éste sea un consumidor**. La nueva regla hace hincapié en dos aspectos esenciales: el objeto y el sujeto protegido. Se parte de la idea, por un lado, de que el crédito o préstamo hipotecario fue concedido para la adquisición de un inmueble –pero no precisa que deba tratarse de una vivienda ni de que ésta sea la habitual– y, por el otro, de que la persona merecedora de la protección es o bien el deudor hipotecario que –se supone– es propietario del inmueble o bien lo es la persona que aparece como titular registral del inmueble que está gravado con la hipoteca suscrita en garantía de un crédito o préstamo ajeno (es el caso del hipotecante no deudor,



que observamos a menudo cuando los progenitores del deudor hipotecan su propia vivienda en garantía del pago del crédito o préstamo concedido al hijo).

II. El artículo 569-28.2 y el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2017

El Presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2017, si bien éste se halla circunscrito exclusivamente a los artículos 3, 4 y a la disposición transitoria primera contenida en el artículo 9. Cabe señalar que el recurso fue interpuesto con una inusitada premura, al límite del plazo de tres meses, ya que el Govern –por primera vez– decidió no iniciar la Comisión Bilateral del artículo 33.2 LOTC y que tiene por objeto precisamente entablar negociaciones entre la Abogacía del Estado y la Generalitat con carácter previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional admitió a trámite dicho recurso y suspendió cautelarmente la ley (BOE núm. 141 de 14.6.2017), aunque muy poco después acordó levantar la suspensión (BOE núm. 249 de 16.10.2017) al entender que no «cabe apreciar que el levantamiento de la suspensión pueda afectar a [la] “seguridad preventiva”, esto es, el correcto funcionamiento del sistema hipotecario español» y que en el recurso no se justifica adecuadamente que «los negocios celebrados al amparo de los preceptos [impugnados] pudieran ...

conllevar ... perjuicios de difícil o imposible reparación para los titulares de las relaciones jurídicas creadas a su amparo» (v. Auto 131/2017, de 3 de octubre, F.J. 4), lo que permitió que la ley impugnada entrara en vigor a la fecha prevista: el día 1 de enero de 2018. Puesto que el propio recurso de inconstitucionalidad no hace referencia alguna ni al numeral 10 de la disposición final quinta –que es la que incluye el nuevo apartado 2 del artículo 569-28 del Código Civil– ni a la disposición transitoria séptima del artículo 9, la validez y eficacia de este nuevo apartado del artículo 569-28, no quedaría supeditado al futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional a raíz del recurso de inconstitucionalidad nº 2557-2017.

III. El origen inmediato del artículo 569-28.2

Esta norma tiene su origen en una enmienda al Proyecto de ley del Libro sexto del Código Civil presentada por el Grupo parlamentario de la *Candidatura d'Unitat Popular - Crida Constituent*. Esta enmienda fue objeto de transacción con los demás grupos parlamentarios y, según se desprende del acuerdo adoptado en el seno de la Ponencia (de la Comisión de Justicia del Parlament), el artículo propuesto originalmente en la enmienda fue sustituido por otra regla distinta y que constituye el precedente inmediato de la norma vigente. El Grupo parlamentario de la CUP-CC había presentado la *Enmienda*

117 (BOPC núm. 239 de 20.10.2016, p. 8) consistente en la adición de una *subsección novena*, con el título «compraventa de paquetes de hipotecas titulizadas» – dentro de la Sección primera (contrato de compraventa) del Capítulo I (contratos con finalidad transmisora) del Título II (títulos contractuales)– que contenía el nuevo artículo 621-55 bis, cuyo tenor literal decía así: «1. La venta de una hipoteca en el mercado financiero mediante la titulización, tanto de forma individual como agrupada por cualquier medio jurídico, hace perder a la entidad vendedora su condición de titular de la deuda y le impide el ejercicio de acciones relativas a la ejecución del contrato hipotecario. 2. La entidad vendedora de la hipoteca ha de comunicar al deudor y al titular del inmueble la venta del contrato hipotecario en el mercado financiero mediante la titulización». Ante semejante propuesta legislativa, la Ponencia de la Comisión de Justicia solicitó la colaboración de la Comisión de Codificación de Catalunya –que había realizado los trabajos preparatorios conducentes al borrador del anteproyecto de ley del libro sexto del Código civil– para que informara acerca de si la propuesta de incluir la nueva subsección y el artículo 621-55 bis recogido en la enmienda 117 se adecuaba a la sistemática interna del contrato de compraventa tal y como éste venía regulado en el proyecto de ley. La Comisión de Codificación entendió que la enmienda propuesta podía constituir una afectación del funcionamiento del mercado financiero y, en su lugar, elaboró una regla alternativa en sede de hipoteca –a ubicarse en el Libro quinto– que establecía, con carácter general, la obligación de notificar al deudor las cesiones de créditos hipotecarios con el fin de que, llegado el caso, éste pudiera ejercitar –frente al cesionario– el derecho de retracto contemplado en la disposición adicional de la Ley 24/2015, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda (en ese momento suspendida cautelarmente por el Tribunal Constitucional). Dicha regla podía incluirse en el artículo 569-28, relativo a las obligaciones garantizadas por una hipoteca, mediante la adición de un segundo apartado con el siguiente tenor: «2. El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente a la persona deudora y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, y debe indicar



el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia de la persona deudora a la notificación en cualquier momento es nula». La Ponencia de la Comisión de Justicia del Parlament hizo suya esta opción y recomendó un texto transaccional con la enmienda 117 –presentada por el grupo parlamentario de la CUP-CC– que consistía en la incorporación al proyecto de ley de dos reglas: por un lado, el apartado 2 al artículo 569-28 –que coincidía casi literalmente con la redacción propuesta por la Comisión de Codificación– y, por otro, la disposición transitoria séptima –que limita la aplicación de la nueva regla solamente a las cesiones de créditos y préstamos hipotecarios realizadas a partir de la entrada en vigor de la ley– (BOPC núm. 275 de 1.12.2016, p. 51). Esta transacción parlamentaria tuvo como contrapartida la eliminación del artículo 625-55 bis, relativo a la compraventa de paquetes de hipotecas titulizadas, que ya no se incluyó en el texto definitivo del proyecto de ley del libro sexto que fue sometido a la aprobación del pleno el día 8 de febrero de 2017.

IV. La Disposición Adicional de la Ley 24/2015 –suspendida por el TC– relativa al retracto del crédito cedido por el deudor

El artículo 569-28-2 establece solamente el deber de notificar la cesión del crédito hipotecario al deudor (o titular del bien garantizado). Pero en él no se hace referencia alguna ni a la consecuencia jurídica derivada de su infracción ni al posible ejercicio de un derecho de retracto (o *redención*) por parte del deudor cedido. El ejercicio de ese derecho se halla contemplado en la disposición adicional de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (DOGC núm. 6928 de 5.8.2015 y BOE núm. 216 de 9.9.2015). Esta ley, que se encuentra provisionalmente suspendida por el Tribunal Constitucional (BOE núm. 134 de 3.6.2016), contiene una Disposición Adicional (DA) según la cual «[e]n la cesión de créditos, el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor si el crédito ha sido garantizado con la vivienda del deudor y este es un consumidor. Si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que este ha pagado más los intereses legales y

los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda». Su objeto no es otro que el conceder al deudor hipotecario una facultad o derecho de “retracto” o de *redención* del crédito frente al cesionario cuando éste hubiera adquirido un crédito cuya garantía hipotecaria recaiga sobre la vivienda del deudor. La disposición adicional parece dar a entender que debe de haber existido una reclamación al pago –judicial o extrajudicial– por parte del nuevo acreedor (el cesionario) y que el deudor no ha pagado: por eso el deudor queda liberado de la deuda reembolsando al cesionario los gastos que le haya causado la reclamación de la deuda, además de la cantidad que éste hubiese satisfecho por el crédito cedido y otra en concepto de intereses.

El derecho de retracto del deudor se encuentra regulado tanto en el artículo 1535 CC como en la ley 511 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1973, con una diferencia significativa entre ambos textos legales, y es que el Código Civil exige que los créditos sean litigiosos mientras que la compilación navarra no requiere –para instar el retracto– que los créditos tengan ese carácter.

El derecho de retracto del deudor se encuentra regulado tanto en el artículo 1535 CC como en la ley 511 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1973, con una diferencia significativa entre ambos textos legales, y es que el Código Civil exige que los créditos sean litigiosos mientras que la compilación navarra no requiere –para instar el retracto– que los créditos tengan ese carácter, de tal modo que si la ley aplicable a la relación obligatoria de la que nace el crédito es la compilación navarra el deudor podrá ejercitar el retracto frente al cesionario en cualquier caso, tanto si el crédito cedido es litigioso como si no lo es. **El legislador catalán se inspiró en la regla contenida en la ley 511 CDCFN y, mal que bien, la traspuso –casi literalmente– en la disposición adicional de la Ley 24/2015.** Seguramente, nuestro legislador vio en el carácter litigioso del crédito un obstáculo al ejercicio del derecho de retracto por parte del



deudor y optó por seguir la ley navarra que no requiere que el crédito cedido sea litigioso para que el deudor ejercite el derecho de retracto. Con todo, la disposición adicional no ha sido bien diseñada: **su finalidad parece ser la de otorgar un derecho de retracto al deudor de un préstamo o crédito hipotecario si el crédito ha sido cedido a un tercero y, específicamente, cuando la hipoteca que garantiza el pago recae sobre una vivienda que es de titularidad del deudor. Sin embargo, una interpretación literal de la disposición adicional puede conducir a situaciones tan paradójicas** que inevitablemente revelan la incongruencia y el diseño defectuoso de dicha norma. Supongamos la aplicación de la Disposición adicional en cuatro supuestos distintos. En primer lugar, un deudor que obtiene un crédito para adquirir su vivienda (habitual) y grava esta vivienda con una hipoteca que garantice el pago. En tal caso, el adquirente (deudor) es consumidor y quedaría protegido por la DA. Es, seguramente, el caso más típico. En segundo lugar, un deudor obtiene un crédito para adquirir una vivienda (otra distinta de la que es su vivienda habitual: una segunda residencia) y grava la vivienda adquirida con una hipoteca. En tal caso, el adquirente (deudor) es un consumidor y también quedaría protegido por la DA, porque la norma no establece que la vivienda gravada con la hipoteca deba ser necesariamente la residencia habitual, de modo que la protección también se extendería a esta segunda vivienda (o ... a la duodécima). En



tercer lugar, un deudor obtiene un préstamo para adquirir un yate y grava su vivienda (habitual) con una hipoteca para garantizar el pago de la deuda. El adquirente (deudor) es un consumidor –aunque no sea el tipo de consumidor al que se refiere la DA– y, en esa condición, también quedaría protegido por la DA, porque la vivienda gravada con la hipoteca es su residencia habitual. En cuarto lugar, un deudor obtiene un préstamo para adquirir una vivienda, pero son sus progenitores quienes acceden a gravar su propia vivienda (habitual) con una hipoteca en garantía del pago de la deuda del hijo (es el caso del hipotecante no deudor). En tal caso, el adquirente (deudor) es un consumidor y sus padres merecerían que la protección por esa condición también se extendiera a ellos, pero ante tal situación no sería posible ejercitar el pago liberatorio frente al cesionario, porque la norma exige que el crédito esté garantizado con la “vivienda del deudor”, lo que excluiría la vivienda de los progenitores, que actúan en calidad de hipotecantes no deudores. En conclusión, es evidente que el *target* no esté bien definido en la DA y que la norma debería haber especificado que el deudor debe emplear el crédito hipotecario en la adquisición de su vivienda habitual –de ahí su condición de consumidor– y, en su caso, también debería haber contemplado si el deudor debería disponer –o no– de ese derecho de retracto cuando el préstamo obtenido fue destinado a otra finalidad distinta a la de la adquisición de la vivienda habitual, aunque la hipoteca recaiga sobre

dicha vivienda o sobre otra (distinta de la habitual) que sea de su titularidad o, por último, cuando la vivienda gravada con la hipoteca sea de titularidad de otras personas de un ámbito familiar delimitado del deudor.

Por el momento, la eficacia de esta DA se halla pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional, que acordó la suspensión temporal de la vigencia de la Ley 24/2015.

En cualquier caso, si existe una disposición legal que otorga al deudor un derecho de retracto en el caso de cesión de un crédito o préstamo hipotecario entiendo que procede averiguar primero cuál es la ley civil aplicable a la relación jurídica obligacional de la que nace el crédito. Si, en el caso de que se trate, la ley catalana es la que resulta aplicable a la relación jurídica de la que nace el crédito entonces procedería que el deudor cedido pudiese ejercitar el retracto o *redención* del crédito ante el cesionario reembolsando el importe que éste hubiera pagado por él, más otra cantidad por los costes de la reclamación y, en su caso, los intereses legales.

La crisis económica iniciada en el año 2008 puso en peligro la solvencia del sistema bancario español derivado, principalmente, del riesgo de depreciación del valor de las garantías hipotecarias –los inmuebles– que eran titularidad de los bancos y las cajas de ahorros por los préstamos que éstos habían concedido a promotores y particulares, durante los años boyantes en los que se produjo el gran desarrollo inmobiliario en este país, sin evaluar adecuadamente su riesgo de insolvencia.

V. El marco normativo para operar la transmisión de créditos

La crisis económica iniciada en el año 2008 puso en peligro la solvencia del sistema bancario español derivado, principalmente, del riesgo de depreciación del valor de las garantías hipotecarias –los inmuebles– que eran titularidad de los bancos y las cajas de ahorros por los préstamos que éstos habían concedido a promotores y particulares, durante los años boyantes en los que se

produjo el gran desarrollo inmobiliario en este país, sin evaluar adecuadamente su riesgo de insolvencia. El sector bancario se encontró en la tesitura de tener que refinanciarse en el mercado internacional de capitales mediante la venta de sus activos tóxicos –hipotecas, especialmente, pero también viviendas procedentes de ejecuciones hipotecarias– y la enajenación de sus paquetes accionariales en sociedades inmobiliarias. **Uno de los mecanismos jurídicos empleados para sanear los balances de dichas entidades ha sido el recurso a la cesión de créditos y de participaciones hipotecarias –o de certificados de transmisión hipotecaria– a favor de fondos de titulización,** que contempla el artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, a la que se sumó la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que facilita la incorporación a fondos de titulización tanto de las participaciones hipotecarias como de los certificados de transmisión de hipoteca existentes en el activo del cedente (artículo 16.1.a). Este marco jurídico ha permitido a las entidades de crédito, por un lado, sacar los créditos de dudoso cobro de su balance para cumplir con la normativa europea y, por otro, transmitir esos créditos a fondos de titulización con el objeto de crear nuevos productos para la inversión minorista.

El mecanismo para la transmisión de los créditos está regulado, con carácter general, en los artículos 1112 y 1526 y ss. del Código Civil, aunque existan otras reglas específicas para el caso de créditos hipotecarios (art. 1878 CC y 149 y ss. LH) y de créditos mercantiles no endosables ni al portador (art. 347 y 348 CCO). La cesión de créditos constituye el mecanismo típico de transmisión de derechos y obligaciones y a pesar de estar regulada en sede de compraventa –por ser éste el contrato habitualmente empleado– dicha transmisión puede operar asimismo por otras vías distintas, en cuyo caso, el negocio elegido por las partes (p.ej. en la cesión por causa de donación y en la cesión en garantía) deberá sujetarse a las exigencias de forma que les sean legalmente exigibles. La cesión de créditos en Francia es una modalidad de la compraventa, en Italia es un tipo de contrato y en los Países Bajos la cesión está ubicada en el ámbito de los derechos reales. Cataluña no dispone de una regulación civil propia de la cesión de



créditos aunque no debe olvidarse que la enmienda 117 –antes citada– pretendía la inclusión en el libro sexto del Código civil de una subsección novena, en sede de compraventa, con el título «compraventa de paquetes de hipotecas titulizadas» y que el artículo 569-28.2 establece una regla específica que impone al cedente el deber de notificar al deudor la cesión de un crédito o préstamo que esté garantizado mediante hipoteca. Sobre la cuestión competencial para legislar en este ámbito es significativo que el Dictamen 404/2017 del Consejo de Estado, de 18 de mayo de 2017, no viera obstáculo alguno en la competencia legislativa catalana para establecer un deber de notificar la cesión del crédito hipotecario al deudor y que el propio recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2017, que prepararon los Abogados del Estado del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, no formulara alegación alguna al artículo 569-28.2. Pero es que, además, la posición del Consejo de Estado es verdaderamente reveladora: «[s]upuesta la competencia de la Generalitat de Cataluña para dictar una legislación propia en materia de derecho de hipoteca –legislación actualmente contenida en los artículos 569-27 y ss. del Código civil de Cataluña–, resulta forzoso aceptar, de conformidad con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral, la posibilidad de ampliar dicha normativa mediante la regulación de nuevos derechos u obligaciones de las partes (...) A través del nuevo art. 529-28.2, la Ley 3/2017 actualiza el régimen jurídico de la hipoteca, imponiendo una determinada obligación a una de las partes en un supuesto concreto –el de la cesión de créditos hipotecarios–, obligación ésta que no entra en conflicto, por razón de su contenido, con ninguna norma estatal que, por encontrarse amparada en alguna competencia exclusiva, deba ser observada en todo el territorio del Estado» (fundamento VII). **La cesión de créditos hipotecarios en Cataluña presenta, pues, dos reglas especiales: por un lado, el deber del cedente de notificar al titular del bien inmueble la cesión del crédito hipotecario y, por otro, el derecho del deudor a ejercitar el retracto frente al cesionario cuando el acreedor hubiese cedido el crédito –litigioso o no– a un tercero y cuando la garantía hipotecaria de ese crédito la constituya la vivienda**



del deudor (debemos recordar que la norma que confiere dicho derecho –la DA de la Ley 24/2015– ha sido recurrida y se halla suspendida por el TC). No es la única comunidad autónoma donde existen reglas jurídicas específicas para la cesión de créditos: en Navarra, como se ha indicado, la cesión de créditos y la regulación del retracto del deudor se hallan reguladas –desde hace más de 45 años– en la ley 511 CDCFN y, recientemente, Extremadura, al no disponer de competencias legislativas en materia civil, ha incluido en el Estatuto de los Consumidores el artículo 12 bis que establece un nuevo derecho de información sobre la titulación de préstamos hipotecarios, cuya infracción constituye una infracción administrativa muy grave (Ley 4/2018, de 21 de febrero, BOE núm. 61 de 10.3.2018).

VI. Problemas que plantea el deber de notificación al deudor para la eficacia de las cesiones de créditos hipotecarios

El nuevo apartado 2 del artículo 569-28 da pie a **cuatro tipos de problemas** que enunciaremos a continuación. **En primer lugar**, la cuestión que suscita el deber de notificar la cesión del crédito al titular del bien hipotecado, según establece el Código Civil, cuando éste sea un inmueble situado en Cataluña. **En segundo lugar**, la cuestión de la protección jurídica del consumidor cuando el cedente (*entidad financiera*) haya transmitido el crédito

a un cesionario (*fondo de inversión*) sin notificar al deudor (*consumidor*) la cesión de dicho crédito, a los efectos de que el deudor cedido pueda redimir el crédito mediante el pago al cesionario previsto por la ley y, en particular, si la ausencia de dicha notificación puede ser considerada –o no– una práctica abusiva de las entidades financieras. **En tercer lugar**, la cuestión de si el deber de notificar la cesión establecido en el artículo 569-28.2 afecta –o no– a las cesiones de créditos hipotecarios realizadas conforme a otras leyes (artículos 1526 y ss. y legislación mercantil) y las cuestiones de derecho interregional y de norma de conflicto aplicable que ello conlleva. **Por último**, también debe señalarse la cuestión de naturaleza procesal que plantea la legitimación activa del cedente (*entidad de crédito*) a efectos de reclamación de los créditos, una vez éstos hayan sido titulizados y cedidos a un cesionario (*fondo de inversión*). La Audiencia Provincial de Barcelona ha hecho frente a la cuestión de la legitimación activa en procesos judiciales en relación a participaciones hipotecarias aportadas a fondos de titulación mediante el Acuerdo de unificación de criterios de las secciones civiles, de 15 de julio de 2016, en virtud del cual la legitimación corresponde al acreedor hipotecario que figure en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que el fondo titular de la participación (el partícipe) pueda instar la acción –o su continuación– por subrogación ante la pasividad del acreedor (el banco emisor



de la participación hipotecaria). Ésta es, sin embargo, una cuestión de naturaleza procesal en la que ahora no vamos a entrar.

Es evidente que el nuevo artículo 569-28.2 pone de manifiesto el especial interés del legislador catalán en proteger al deudor cuyos créditos o préstamos estén garantizados mediante una hipoteca sobre su propia vivienda.

1. La notificación de la cesión en el Código civil.- Es evidente que el nuevo artículo 569-28.2 pone de manifiesto el especial interés del legislador catalán en proteger al deudor cuyos créditos o préstamos estén garantizados mediante una hipoteca sobre su propia vivienda. Se trata de una decisión de política legislativa que es legítima y, por ello mismo, no hay nada que objetar. Sin embargo, **la idea de incluir un deber de notificación en el código civil –o en un código de consumo– no me parece la más acertada, por muy loable que sea la finalidad del legislador de otorgar una mayor protección jurídica al deudor-consumidor**, porque dicha notificación no funciona bien cuando el objeto de la compraventa de los derechos de crédito es una operación de cesión global que quizás incluye cientos o miles de préstamos hipotecarios y tampoco cuando

una cartera de créditos y de participaciones hipotecarias –o de certificados de transmisión hipotecaria– sea incorporada a fondos de titulización. De hecho, un deber de notificación así tampoco está ni en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) ni el Proyecto de un Marco Común de Referencia para el derecho privado europeo (2008). Posiblemente, en lugar de incluir los derechos del deudor a ser informado de la cesión del crédito hipotecario en el Código civil y a ejercitar el retracto del crédito cedido en una ley de protección de los consumidores habría sido más adecuado y menos distorsionador que el legislador hubiera optado por contemplar tales derechos como supuestos especiales de salvaguarda de los deudores cedidos –y titulares de las viviendas que garantizan el pago del crédito o préstamo– en las propias leyes mercantiles que regulan tanto la transmisión de tales créditos entre entidades financieras como la incorporación dichos créditos y participaciones a los fondos de titulización. Para ello, bastaría indicar que el deudor hipotecario –o el titular registral del bien, si fuese otro– quedaría protegido siempre que el bien sobre el que recae la garantía constituya su vivienda habitual y cuando la proporción del descuento practicado sobre el montante de los créditos y préstamos, que en su conjunto son objeto de transmisión, sobrepasen los términos o porcentajes establecidos por la propia ley. Con un propósito parecido, pero a otro nivel, algunos países vecinos han aprobado

leyes a fin de regular la acción de los fondos buitres (en Francia, la *Loi Sapin 2*, de 2016; en Bélgica, la Ley relativa a la lucha contra los fondos buitres de 12 julio 2015; en el Reino Unido, la *Debt Relief Act* de 2010), aunque no contienen disposiciones legales diseñadas para salvaguardar la posición de los deudores-consumidores cuyos créditos han sido cedidos a dichos fondos, sino normas reguladoras de la adquisición de préstamos o deudas de un Estado por parte de fondos buitres con el objeto de limitar los derechos del nuevo acreedor frente al Estado deudor, de modo que ese Estado pueda redimir dicho préstamo o deuda por el mismo precio que el fondo buitre pagó por ellos. Es evidente que, en el ámbito del derecho civil, el derecho de retracto aparece configurado como un mecanismo de protección del deudor cedido pero hasta hoy los códigos civiles que lo contemplan lo han limitado exclusivamente al supuesto en que los créditos tienen carácter litigioso.

2. La ausencia de notificación como práctica abusiva que perjudica al consumidor.-

La cuestión de si la falta de notificación de la cesión del crédito o préstamo al deudor cedido es asimilable a una práctica bancaria abusiva ha surgido recientemente en varios juzgados de Barcelona. El artículo 82.1 TRLGDCU establece que una cláusula es abusiva si «en contra de las exigencias de la buena fe *caus[a]*, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», pero no podrá inferirse tal desequilibrio cuando las consecuencias que deriven de un contrato sean el resultado de la aplicación misma de la ley que no impone deberes específicos de una parte frente a la otra y tampoco cuando no las partes no hayan pactado ese deber de notificar la cesión al tiempo de contratar el crédito o préstamo hipotecario. La cuestión se ha planteado con ocasión de la petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (*Asunto Banco de Santander c. Mercedes Godoy Bonet y Mahamadou Demba*, C-96/16, DOUE de 25.4.2016). Debemos anticipar que, en este caso, el contrato de préstamo tiene carácter personal –no hay garantía hipotecaria– y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no ha resuelto el asunto, pero los argumentos vertidos por el Abogado General, Sr. Nils Wahl, en sus Conclusiones van a ser objeto de consideración. Éste se



pregunta si debe considerarse compatible con el derecho de la Unión europea «la práctica de un profesional consistente en ceder o comprar un crédito que ostenta frente a un consumidor, sin que se prevea en el contrato de préstamo celebrado con ese consumidor la posibilidad de tal cesión, sin que éste sea previamente informado de esa cesión o sin que la consienta y sin darle la posibilidad de recomprar su deuda, extinguiéndola en consecuencia, abonando al cesionario el importe que éste pagó por la cesión mas los gastos accesorios aplicables», pero concluye que «la cesión de crédito controvertida ... no modifica en absoluto el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor consumidor» y que la práctica de la cesión de créditos no se opone a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores (DOCE de 21.4.1993). En opinión del Abogado General, la cesión del crédito produciría un «efecto neutro» en el deudor y señala, de forma muy ilustrativa, que «[e]l hecho, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la cesión se haya hecho a favor de un fondo buitre, que actúa con fines especulativos, por un precio muy inferior, o incluso irrisorio, respecto del importe del crédito inicial carece de incidencia sobre la propia naturaleza de la obligación contractual que recae sobre el consumidor» (V. Los párrafos 39, 46 y 47 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de marzo de 2018, en ECLI:EU:C:2018:2016). **En mi opinión, el no poner la cesión del crédito hipotecario en conocimiento del deudor no debería ser considerado una práctica comercial abusiva.** Los artículos 1526 y ss. del Código civil no contienen una regla que establezca expresamente un deber de notificación al deudor como consecuencia de la cesión del crédito y el artículo 347 CCO, que sí contempla dicha notificación, ha sido interpretada por la doctrina en el sentido que su falta únicamente tiene el efecto de que el deudor pueda liberarse de la obligación pagando al cedente. Pero en el ámbito de los contratos celebrados al amparo del Código civil de Cataluña vamos a encontrarnos con que existe, en el artículo 569-8.2, un deber explícito de comunicar al deudor la cesión del préstamo o crédito hipotecario, con lo que la omisión de dicho deber sí que tendría consecuencias, aunque no como para determinar la ineficacia de la transmisión realizada –el citado artículo no señala consecuencia alguna derivada de su vulneración– pero sí la tendrá cuando,



más adelante, el deudor pueda ejercitar el derecho de retracto previsto en la DA de la Ley 24/2015 (lo que sucedería en el caso que ésta llegara a ser declarada constitucional por el TC o si el Gobierno acordara retirar el recurso de inconstitucionalidad y se levantara la actual suspensión). Debe tenerse en cuenta por otra parte que el Código civil regula, en el artículo 621-2.1, la compraventa de consumo, con lo que ello supone para el comprador a los efectos de la protección jurídica que le corresponda en su condición de consumidor.

La cuestión de la norma jurídica aplicable debe resolverse conforme a lo establecido en el artículo 10.5 CC para los conflictos de derecho interregional y en los artículos 3 y 14 del Reglamento Roma I (nº 593/2008) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOCE de 4.7.2008) en lo referente a los conflictos de leyes que puedan surgir en el ámbito del derecho internacional privado.

3. Conflicto de leyes y derecho interregional.- La cuestión de la norma jurídica aplicable debe resolverse conforme a lo establecido en el artículo 10.5 CC para los conflictos de derecho interregional y en los artículos 3 y 14

del Reglamento Roma I (nº 593/2008) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOCE de 4.7.2008) en lo referente a los conflictos de leyes que puedan surgir en el ámbito del derecho internacional privado. El artículo 10.5 CC establece que en las obligaciones contractuales se aplicará «la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate» y, en su defecto, se aplicará «la ley nacional común de las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato» y, añade, el apartado segundo, que cuando se trate de contratos relativos a bienes inmuebles y no conste la sumisión expresa de las partes regirá «la ley del lugar donde estén sitos». Y, en la misma línea, el artículo 3 del Reglamento establece que el contrato se regirá –en todo o en parte– por la ley elegida por las partes, cuando así lo hayan expresado o cuando resulte de forma inequívoca de los términos empleados o de las circunstancias del caso. Pero debe hacerse hincapié en que el Reglamento Roma I contiene, además, una norma específica relativa a la cesión de créditos, el artículo 14, que dice que «1. Las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona («el deudor») se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue. 2. La ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su

transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor». Este artículo pone claramente de manifiesto que la cesión de créditos puede generar relaciones obligacionales a dos niveles diferentes y que, a cada nivel, se le puede aplicar una ley distinta: una ley es la que corresponde al contrato de cesión y otra ley es la que corresponde al crédito que es objeto de cesión. En otras palabras, el artículo 14 permite distinguir, por un lado, la ley propia del contrato subyacente (eso es, la ley por la que se rige el objeto de la cesión: el crédito cedido) y, por otro lado, la ley que regula la transmisión de la cesión (eso es, el contrato de compraventa o el tipo de negocio transmisivo que las partes hayan acordado). Sin embargo, en el artículo 10.5 CC no se aprecia esta distinción entre normas civiles de distinto nivel –la ley del crédito que es objeto de cesión (primer nivel) y la ley del negocio transmisivo (segundo nivel)– que contribuiría a resolver cuál es la ley aplicable cuando surjan conflictos de derecho interregional derivados de la coexistencia de normas civiles diversas dentro de un estado plurilegislativo en el que cabe establecer –tanto en la constitución como en la ejecución de los distintos tipos negociales– requisitos y consecuencias jurídicas diferentes.

Si tomamos en consideración que en Cataluña la notificación de la cesión se configura como un paso previo al eventual ejercicio del derecho de retracto (o redención) por el deudor hipotecario (o el titular registral del bien hipotecado), lo cierto es que este nuevo deber de notificación afectará muy especialmente a aquellas entidades de crédito que, como consecuencia de la crisis económica, decidan titularizar o vender toda o una parte de su cartera de créditos hipotecarios a grandes fondos de inversión.

En la práctica habitual de los negocios, las operaciones de transmisión de créditos y otros activos financieros se

hallarán sujetas generalmente a normas civiles –CC– o mercantiles –CCO, LMV o Ley 24/2015– (segundo nivel), aunque también es posible que las partes las sujeten a un derecho extranjero. Además, con la entrada en vigor del libro sexto, la transmisión de derechos de créditos podrá realizarse con sujeción a las reglas del contrato de compraventa previstas en el Código Civil de Cataluña, si bien su eficacia estaría supeditada a que el Tribunal Constitucional no declare inconstitucionales tales normas. En el caso concreto de la cesión de derechos de crédito hipotecarios, que es objeto de este breve comentario, no debemos olvidar que existen dos contratos distintos a los que pueden aplicarse dos regulaciones diversas. Nos preguntaremos si la norma que establece un nuevo deber al cedente se corresponde con el primer nivel o con el segundo. En el caso del artículo 569-28.2 el deber consiste en la notificación de la cesión a quien sea el titular del bien hipotecado –el deudor o el titular registral– indicándole el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. En el primer nivel se sitúa la relación jurídica entre el banco (acreedor) y el consumidor (deudor) derivada de un contrato de préstamo garantizado con una hipoteca sobre un bien inmueble. En un segundo nivel se halla la relación jurídica entre el banco (cedente) y el fondo de inversión o de titulación (cesionario) derivada de un contrato –generalmente de compraventa– que tiene por objeto la transmisión de un conjunto de derechos de créditos con garantía hipotecaria que pertenecen al primero en su condición de acreedor. Por lo tanto, si la ley por la que se rige el crédito que es objeto de cesión (primer nivel) contempla el deber de notificar, el acreedor (cedente) estará obligado a poner en conocimiento del deudor la cesión del crédito y las condiciones en las que se ha producido su transmisión. Y si la ley en la que está fundada el crédito (primer nivel) no contempla dicha exigencia de notificación –ni existía pacto expreso de las partes al respecto– la eficacia del contrato por el que se vehicula la cesión –la compraventa u otro tipo de negocio– (segundo nivel) no estará en modo alguno supeditado al cumplimiento de ese deber.

4. Valoración final.– Si tomamos en consideración que en Cataluña la notificación de la cesión se configura como un paso previo al eventual ejercicio del derecho de retracto (o redención) por el deudor hipotecario (o el titular registral del bien hipotecado), lo cierto es que este nuevo deber de notificación afectará muy especialmente a aquellas entidades de crédito que, como consecuencia de la crisis económica, decidan titularizar o vender toda o una parte de su cartera de créditos hipotecarios a grandes fondos de inversión. Las entidades de crédito pueden haber adoptado tal decisión tanto para ahorrarse los costes –económicos o reputacionales– derivados de tener que hacer frente a procesos de ejecución de los créditos hipotecarios de dudoso cobro, como para no tener que provisionar por los inmuebles que consten en sus balances. Sin duda, la existencia de disposiciones legales como el artículo 569-28.2 y la Disposición adicional de la Ley 24/2015 van a desincentivar las adquisiciones de préstamos y créditos hipotecarios de las entidades bancarias por parte de los fondos de inversión internacionales cuando estén garantizados por bienes inmuebles situados en el territorio catalán, a menos que las entidades de crédito, en previsión de una futura cesión de una cartera de créditos hipotecarios, adopten determinadas precauciones contractuales –como el sometimiento expreso de las partes a una ley determinada– al tiempo de la celebración del contrato de préstamo cuyo pago vaya a garantizarse con una hipoteca sobre la vivienda del deudor (o de un tercero).

Ante esta situación, la adecuación de las normas de conflicto del derecho interregional contenidas en el Código Civil español se hace inaplazable. Se trata de una reforma que corresponde realizar a las Cortes Generales. De lo contrario, con los resortes que disponemos en la actualidad difícilmente podrá garantizarse la seguridad jurídica que deriva de la correcta aplicación de las diversas normas civiles por los operadores económicos y por los tribunales de justicia en un estado plurilegislativo como es el nuestro, especialmente desde la vigencia de los derechos y garantías reales y de los nuevos tipos contractuales que se hallan regulados en el Código Civil de Cataluña.

El registro de titularidades reales: el ejemplo español



Pedro Rincón de Gregorio
Notario de Almenar (Lleida)

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses ha adquirido protagonismo un instrumento que normalmente ha pasado inadvertido en el día a día de los despachos notariales. Un trámite interno notarial que, no retribuido, añade una nueva responsabilidad al notario y que, acaso por desconocimiento, no ha sido bien entendida en muchos despachos. Nos referimos, cómo no, a la **Base de Datos de Titularidad Real, creada por acuerdo del Consejo General del Notariado de 24 de marzo de 2012**.

Este merecido protagonismo de esta base de datos es consecuencia necesaria de su extraordinaria importancia. Nos encontramos ante una creación, hija del Notariado español, que **no tiene comparable en el resto del mundo y ha sido alabada en diversos foros y organismos internacionales**. Una creación laboriosa,

costosa y, en muchos casos, erróneamente criticada.

Criticada porque, acaso, no nos hemos dado cuenta de lo que teníamos hasta que, por intereses corporativos de otros cuerpos, hemos tomado conciencia de lo que este instrumento aporta al sistema de prevención del blanqueo de capitales y, por ende, al Notariado español.

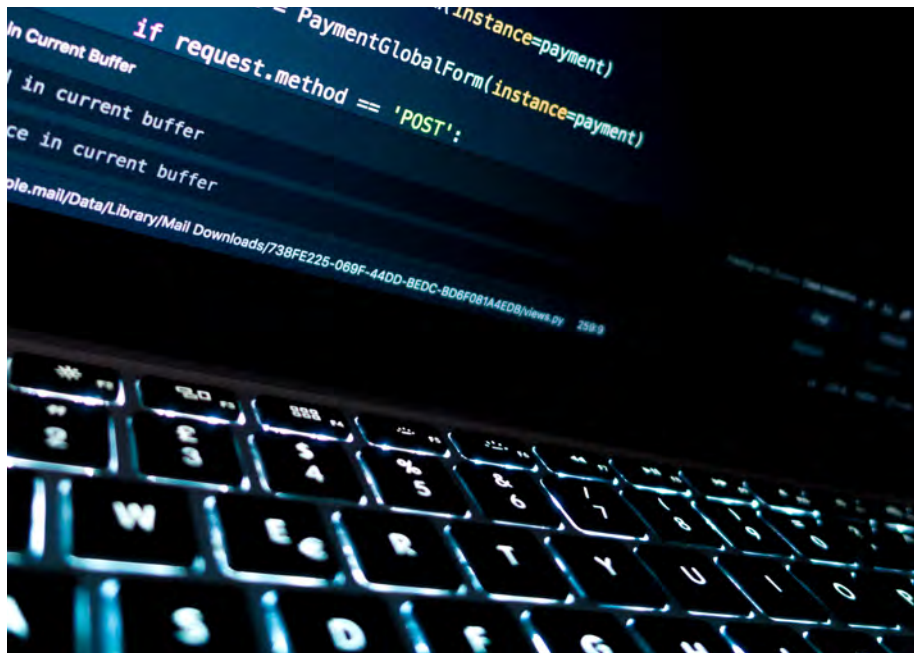
Efectivamente, la Base de Datos de Titularidad Real ha sido objeto de inmerecidas e interesadas críticas por parte del Colegio de Registradores.

Inmerecidas porque han buscado desprestigiar este verdadero registro público sobre la base de argumentos que no soportan un análisis riguroso de la normativa y práctica de la materia. Han sido, con frecuencia, críticas de trazo grueso, de titular fácil, que no han buscado amparo en los textos legales o en la práctica mercantil es-

pañola. Críticas, en algunos casos, que demuestran un cierto desconocimiento de en qué consiste la prevención del blanqueo y lo que el Notariado aporta.

Críticas, además, que han sido interesadas porque la finalidad no es otra que beneficiar a su cuerpo profesional mediante la ampliación de los hechos minutables sin demostrar, con un mínimo de rigor, que eso pueda beneficiar al actualmente muy eficaz (aunque siempre mejorable) sistema español de prevención del blanqueo de capitales.

Nuestro estudio pretende ser técnico. Por ello, pasará por encima de la defensa de los intereses corporativos del Notariado aunque justo será mencionarlos cuando convenga. **Nos centraremos más bien en la normativa que apoya el sistema español vigente y en la práctica notarial que lo desarrolla.**



Para ello, me referiré en primer lugar a la normativa comunitaria, principio de todo en esta materia. A continuación haré referencia a la normativa española, con sus idas, venidas y excesos normativos. Por último, estudiaremos al privilegiado encaje que tiene la Base de Datos de Titularidad Real en nuestro sistema. Posición que, entendemos, la hace insustituible y la mera idea de ensombrecerla, temeraria.

II. NORMATIVA EUROPEA

Como ya se ha apuntado, quien primero se ocupó de estas cuestiones fue la normativa comunitaria, y necesariamente en ella hemos de empezar. Introdujo la cuestión del blanqueo de capitales en la **Directiva 91/308/CEE**, si bien referida fundamentalmente al tráfico de estupefacientes y dirigida exclusivamente al sector financiero. El impulso definitivo en la materia, y que dura hasta la actualidad, se produjo en junio de 2003. En esa fecha, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) revisó sus Recomendaciones para incluir la financiación del terrorismo e introdujo requisitos más detallados en lo que respecta a la identificación y verificación de la identidad de los clientes y a las situaciones en las cuales la existencia de un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo puede justificar unas medidas más estrictas, así como aquellas otras de menor riesgo que pueden justificar controles me-

nos rigurosos. Estos cambios se reflejaron en la **Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Directiva 2006/70/CE de la Comisión**.

Las citadas Directivas de 2005 y 2006 quedaron derogadas por la vigente **Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo**. Esta Directiva, llamada cuarta Directiva sobre blanqueo (**desde ahora CDA**), profundiza en las experiencias nacionales y tiene muy en cuenta los instrumentos de otros organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Especialmente, profundiza en las Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación adoptadas por el GAFI, en febrero de 2012 («Recomendaciones revisadas del GAFI»).

Esta evolución concluye con una reforma en ciernes de esta CDA, y que fue aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de abril de este año.

Esta evolución concluye con una reforma en ciernes de esta CDA, y que fue

aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de abril de este año. Esta nueva Directiva, que modifica algunos aspectos de la Cuarta Directiva, será incluida en este estudio, advirtiendo de que sus textos apoyan más, si cabe, la posición que el Notariado Español mantiene en esta materia.

Esta normativa europea antiblanqueo se completa, como luego veremos, con la correspondiente a la interconexión de los registros mercantiles o de sociedades, que se regula en la **Directiva 2012/17, que modifica, entre otras, la Directiva 2009/101**, y que, junto con otras de menos trascendencia, ha sido refundida en una **Directiva única, la 2017/1132 de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada)**. En concreto, la interconexión de los registros mercantiles se regula en los vigentes artículos 22, 23, 24 y 25. Además, el **Reglamento europeo 2015/884** desarrolla aspectos técnicos de la Interconexión de los registros mercantiles.

II.1. EL ARTÍCULO 30.3 DE LA DIRECTIVA 2015/849

La clave de bóveda del todo el sistema europeo del registro de titularidad real es el artículo 30.3 CDA, complementado por el 30.10 CDA, al que nos referiremos posteriormente. Su análisis se hace necesario no sólo por su papel central y preeminente, sino porque ha sido utilizado erróneamente para defender que una base de datos notarial no cumple los requisitos de este artículo.

Dice el citado artículo 30 en su apartado 3:

“Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales.”

Para ser rigurosos en la interpretación de la norma hemos de analizar no sólo la literalidad, sino también ponerla en relación con

otros aspectos de la Directiva y conectarla con sus antecedentes legislativos y con la realidad europea. Veamos.

Ya la pura interpretación literal no plantea dudas de que la Base de Datos de Titularidad Real tiene perfecta acogida en el texto de la norma, pues la locución adverbial “por ejemplo” va seguida de un “registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE...”, y dice también, como alternativa, previa conjunción adversativa “o un registro público”. Es decir, el legislador comunitario permite a los Estados miembros elegir el sistema, y habrán de notificar a la Comisión las características del mecanismo adoptado.

Esta conclusión literal debiera ser suficiente para desterrar el argumento, ya apuntado, de que la CDA no admite otro registro que no sea el mercantil. Sin embargo, siendo suficiente, además, está apoyada en una serie de argumentaciones que resultan del texto de la propia Directiva. Estas ideas, por lo demás, destierran el incomprensible recurso a la semántica sostenido por algunos, que defienden que la Directiva se refiere a registros y no a bases de datos. Veamos.

Con carácter previo, huelga recordar que **no se puede explicar la Directiva 2015/849, sin tener muy presentes sus principios inspiradores, expresados en los considerandos previos**. Estos considerandos, que no tienen valor vinculante directo, sí ofrecen “indicaciones sobre la intención del legislador y sobre el sentido que hay que atribuir a sus disposiciones”, sin que valgan para interpretar “en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal” (entre otros muchos, Asunto DEUTSCHES MILCH-KONTOR, C-136/04). En fin, ofrecen, además, una suerte de interpretación auténtica, y a veces teleológica, de la norma.

Pues bien, el considerando 14 es el primero que incide en la idea de referirse a una “base central de datos” como tertium genus “que reúna información sobre la titularidad real, o bien el registro de empresas u otro registro central. Los Estados miembros deben poder decidir que la cumplimentación de este registro sea responsabilidad de las entidades obligadas”. Este considerando, además de incidir en la misma idea antes apuntada, añade dos nuevos e interesantísimos elementos.

El primero de ellos es que equipara el sudicho “registro central” con una “base cen-



tral de datos”. Esta “base de datos” se explica, con mayor interés, en el considerando 17, que habla de comunicar “a un registro central (o a una base central de datos)”.

El segundo elemento, importantísimo, es que deja la responsabilidad de su llevanza a las “entidades obligadas”. Ciertamente, y sin perjuicio de consideraciones posteriores, los registradores no son sujetos (o entidades) obligados en la Directiva comunitaria (Artículo 2.1), como sí lo son los notarios. Esta idea no es menor y a ella volveremos posteriormente.

Analizada la literalidad, nos referimos a continuación a los **antecedentes** que han influido en la letra y en el ánimo del legislador: fundamentalmente a dos, conectados entre sí. El primero de ellos es la opinión, vía recomendaciones, del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), tenida por referencia y modelo a seguir por el legislador europeo (así, por todos, considerando 4 CDA). Pues bien, en el informe sobre el sistema español de prevención del blanqueo de capitales, emitido en mayo de 2014, el GAFI destacó la importancia, el esfuerzo y la utilidad de la Base de Datos de Titularidad Real a cargo del Órgano Centralizado para la prevención del Blanqueo del Consejo General del Notariado, y señaló (punto 7.31) que “La información sobre la titularidad real de las sociedades españolas está a disposición de las autoridades competentes con facilidad y rapidez a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado. Esta es una característica muy positiva

del sistema español, y las medidas adoptadas para gestionar y permitir el acceso a la información constituyen un ejemplo de buenas prácticas para otros países”. Las autoridades, dice el informe “utilizan con frecuencia la información contenida en la base de datos del Índice Único Informatizado en el transcurso de las investigaciones de BC/FT, y expresaron su satisfacción por la calidad, exhaustividad y facilidad de acceso a la base de datos”.

Y es este registro español, la base de datos notarial, antecedente también tenido en cuenta por el legislador comunitario. Y lo creemos porque al tiempo de elaborarse la Cuarta Directiva no había en Europa más registro de titularidades reales que el español, llamado base de datos. De ahí que no extrañe las cautelas de la Directiva al referirse en todo momento, como ya hemos analizado, a un registro o base central de datos y no exclusivamente a los registros mercantiles o de sociedades.

II.2. LA INTERCONEXIÓN EUROPEA DE LOS REGISTROS DE TITULARIDAD REAL

Descartada la idea, mantenida inicialmente por el Colegio de Registradores, de que la Directiva obliga a que la titularidad real esté centralizada en el registro mercantil; sus esfuerzos se han centrado últimamente en la interconexión de los registros. Afirman que esta interconexión excluye a cualquier institución que no sean los registros mercantiles. Veamos como en esto tampoco les da la razón la normativa europea.



Para ello **vamos defender dos afirmaciones:** la primera, **que la Directiva, para los registros de titularidad real, se refiere a una interconexión distinta de la prevista para los registros mercantiles y, en segundo lugar, que esta interconexión es una solución puramente técnica que no es exclusiva de los registros mercantiles y sí extensiva a otras necesidades de interconexión, como la que aquí nos ocupa.**

Para argumentar la primera afirmación hemos de referirnos necesariamente al artículo 30.10 CDA tal y como quedará tras la próxima reforma. En primer lugar, al introducir la interconexión se refiere a los *“registros centrales a que se refiere el apartado 3 del presente artículo”*. O lo que es lo mismo, la remisión no es a la genérica interconexión de los registros mercantiles, ciertamente la única que ya existe en el panorama europeo, sino que se remite específicamente a otra distinta, sólo para bases de datos de titularidad real, cualquiera que sea la forma adoptada. Es decir, el artículo 30.10 es instrumental del 30.3, que aporta el contenido.

Este argumento se ve fortalecido en este mismo artículo, que en su inciso segundo añade que *“La conexión de los registros centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá conforme a las especificaciones y procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados*

por la Comisión de acuerdo con el artículo 24 de la Directiva (UE) 2017/1132 y con el artículo 31 bis de la presente Directiva”. El artículo 24 regula aspectos puramente técnicos de la plataforma europea, sin referencia sustantiva a la interconexión. Más interesante es, en cambio, esta alusión al nuevo 31 bis que reza *“La Comisión adoptará, por medio de actos de ejecución, las especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para la interconexión de los registros centrales de los Estados miembros a que se refieren el artículo 30, apartado 10, y el artículo 31, apartado 9”*. Dicción ésta importantísima, pues no se detiene en *“interconexión de registros centrales”*, sino que reitera que la interconexión es de bases de datos de titularidad real en cualquiera de las formas permitidas por el artículo 30.3 CDA. De nuevo, el 30.3 ofrece el contenido a la interconexión que plantea, en este caso, el nuevo artículo 31 bis. Y como es una interconexión distinta, este 31 bis mandata a la Comisión para que tome las decisiones técnicas oportunas para su desarrollo. Decisiones que ya no serían necesarias si la interconexión fuese la genérica de los registros mercantiles, suficientemente desarrollada. Es un ejemplo, como ya apuntamos, de que la reforma de la Cuarta Directiva trae más argumentos en favor de la postura que aquí defendemos.

Existen, además, otros argumentos importantes que sostienen aquella primera afirmación.

El primero de ellos tiene que ver con el Reglamento de la Comisión 2015/884, que desarrolla determinados aspectos técnicos de la interconexión de los registros mercantiles, y que señala que *“Las referencias hechas en el presente anexo a «los registros», estos se entenderán siempre como «registros centrales, mercantiles y de sociedades”*. Por tanto, ese reglamento no es aplicable a la interconexión que aquí nos ocupa.

El segundo de la propia exposición de motivos de la reforma en ciernes, que habla de *“garantizar la interconexión segura y eficiente de los registros nacionales de titularidad real”*. De nuevo, el legislador se está refiriendo a una interconexión distinta y especial.

El tercer y último argumento, sin ánimo exhaustivo, resulta de interpretar la voluntad del legislador no por las novedades que introduce en la Quinta Directiva, sino por aquello que no modifica. Efectivamente, si la interconexión prevista para las titularidades reales fuese la misma que la prevista para los registros mercantiles, el legislador habría aprovechado, dada la importancia de esta materia, para modificar las Directivas relativas a la interconexión de los registros mercantiles o de sociedades, especialmente debiera haber aprovechado para modificar el artículo 14 de la Directiva 2017/1132 para incluir, como acto o información de inscripción obligatoria (y por tanto susceptible de *“interconexión”*), la relativa a la identificación del titular real. No habiendo reformado ese artículo, se pone de manifiesto, como un argumento más, que la interconexión regulada en la Directiva 2017/1132 para los registros mercantiles no comprende la titularidad real porque para ello se prevé una interconexión distinta, y posterior, que puede corresponder al mismo registro mercantil o de sociedades, o bien a otro registro, como es el caso español.

Pues bien, recapitulando, defendida la primera afirmación queda hacer lo propio con la segunda (recordemos: la interconexión es una solución puramente técnica que no está configurada exclusivamente para los registros mercantiles, sino que es extensiva a otras necesidades de interconexión, como la que aquí nos ocupa).

Para ello, y con carácter previo, hemos de traer a colación un reciente interés del Colegio de Registradores por dar a conocer la interconexión de los registros mercantiles,



sus hitos y sus ventajas, planteándola como un extraordinario avance técnico sólo posible entre instituciones semejantes, y por tanto exclusivo y excluyente. Siendo así, ninguna otra institución, tampoco el Notariado Español, puede valerse del mecanismo de la interconexión y, por tanto, queda inhabilitado para la llevanza de un registro que, necesariamente, ha de estar interconectado.

Sin embargo, la interconexión de los registros mercantiles se basa en la idea de una "plataforma central europea", regulada en los artículo 22 y siguientes de la Directiva 2017/1132 que, puesta en funcionamiento con la interconexión de los registros mercantiles, es más bien una solución técnica abierta a cualesquiera otras futuras interconexiones.

Esta idea de plataforma, además, viene acompañada de una regulación que la aleja de la idea exclusividad y la acerca a la idea de una solución puramente informática que habrá de dar respuesta a futuras necesidades de interconexión. Para el análisis de esta cuestión hemos de referirnos no sólo a la literalidad de la citada Directiva, sino a los considerandos de la 2012/17/UE, que introdujo la interconexión y nos permite una cierta interpretación auténtica del derecho derivado europeo en esta materia. Refirámonos, pues, a algunos argumentos que resultan de estas fuentes:

Esta idea de plataforma, además, viene acompañada de una regulación que la aleja de la idea exclusividad y la acerca a la idea de una solución puramente informática que habrá de dar respuesta a futuras necesidades de interconexión.

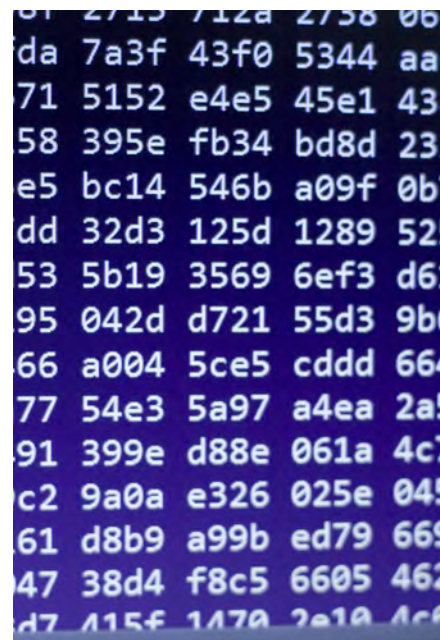
El primero es que se excluye cualquier idea de armonización o creación de un registro europeo, sino que tiene objetivos mucho más modestos. Efectivamente, así resulta del considerando 10 de aquella Directiva, que declara que *"La presente Directiva no tiene como finalidad establecer una base de datos de registros centralizada que almacene información sustancial sobre las sociedades"*. Esta idea se completa con el considerando 11 que añade *"Dado que el objetivo de la presente Directiva no es armonizar los sistemas nacionales de regis-*

tros centrales, mercantiles y de sociedades, los Estados miembros no están obligados a cambiar sus sistemas internos de registro, en particular por lo que respecta a la gestión, almacenamiento de datos, tasas, utilización y revelación de información a efectos nacionales". Es decir, cada Estado puede mantener la integridad de los registros que se interconecten, con sus propias características y manteniendo la individualidad de cada uno de ellos. Esta heterogeneidad se manifiesta en el considerando 21, que manifiesta que *"La interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades exige la coordinación de sistemas nacionales con diferentes características técnicas. Ello implica la adopción de medidas y especificaciones técnicas que habrán de tener en cuenta las diferencias entre los registros"*.

El segundo argumento resulta del considerando 23, que refleja un enorme desinterés por quiénes sean los distintos registros nacionales, al manifestar que *"Sería conveniente que los países terceros pudieran, en el futuro, participar en el sistema de interconexión de registros"*. Es decir, el legislador comunitario tiene tan poco interés en las instituciones que se conecten, sino en la propia interconexión en sí, que plantea incluso el futuro acceso a la interconexión de registros mercantiles no comunitarios.

Por tanto, con todo, la interconexión no es homogeneización, sino más bien una plataforma informática que, además, es de mínimos. Esta idea de buscar algún punto en común entre diferentes se pone de manifiesto en el citado artículo 14 de la vigente Directiva 2017/1132, que incluso tiene que enumerar el contenido mínimo de las hojas abiertas a cada sociedad porque hay Registros Mercantiles que ni tan siquiera recogen aspectos que, en España, por ejemplo, consideramos evidentes. No debemos olvidar, con todo, que el registro mercantil español tiene que compartir plataforma con otros de muy distinta naturaleza y que, incluso, son de gestión empresarial (cámaras de comercio, en Italia o en Holanda).

Por otro lado, y refiriéndonos específicamente a la interconexión de los registros de titularidad real, hemos de destacar el último párrafo del artículo 31 bis que introducirá la Quinta Directiva. Dice este párrafo que (las negritas son nuestras) *"En sus actos de ejecución, la Comisión procurará reutilizar tecnologías consolidadas y prácticas existentes. La Comisión garantizará que los*



sistemas que se desarrollen no conlleven más costes de los absolutamente necesarios para aplicar la presente Directiva. Los actos de ejecución de la Comisión se caracterizarán por la transparencia y el intercambio de experiencia e información entre la Comisión y los Estados miembros". Este inciso pone de manifiesto, como cierre del sistema previsto por el legislador, que la interconexión de los registros mercantiles a través de una plataforma europea, pueda servir de base para que, aprovechando su tecnología, implementación y experiencias, se desarrolle la interconexión de los registros de titularidad real. Una interconexión, por tanto, distinta aunque aprovechando la tecnología.

Esta idea se ve refrendada por el considerando 37, que en su futura redacción señala que (las negritas son nuestras) *"La interconexión de los registros centrales de los Estados miembros que contengan información relativa a los beneficiarios reales a través de la plataforma central europea creada en virtud de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo requiere la coordinación de sistemas nacionales con características técnicas diversas. Ello implica la adopción de medidas y especificaciones técnicas que habrán de tener en cuenta las diferencias entre los registros"*. Interesantísimo, de nuevo, acudir a los considerandos de la norma para profundizar en la voluntad del legislador. En este se parte de que la interconexión habrá de tener en cuenta características técnicas diversas y



las diferencias entre registros. Una reflexión que sólo tiene sentido hacer si se considera que la interconexión de los registros de titularidad real es nueva y distinta a la actual interconexión de los registros mercantiles. En otras palabras, si se refiriese el legislador a la interconexión de los registros mercantiles, esa dicción carecería de sentido pues éstos, de hecho, ya están razonablemente interconectados.

Por tanto, de toda la normativa de interconexión de los registros mercantiles resulta una conclusión evidente: se ha creado una plataforma informática que permite su interconexión. Es decir, se ha creado un punto común de acceso. Esa plataforma o punto de acceso, sin embargo, podrá ser utilizada para otras interconexiones.

Además de todos los argumentos sostenidos en este epígrafe, el trascendental artículo 30.10, en su versión reformada, da carta de naturaleza a una interconexión con sustantividad propia, al señalar en su primer inciso que *"Los Estados miembros velarán por que los registros centrales a que se refiere el apartado 3 del presente artículo estén conectados entre sí a través de la plataforma central europea creada en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo"*.

Es decir, en definitiva, las bases de datos sobre titularidad real se interconectarán a través de esa plataforma única europea y a esa interconexión pueden acudir cuales-

quiera entidades jurídicas, sean registros mercantiles o sean otros registros que requieran interconexión por mor de su contenido, como ocurriría con la Base de Datos de Titularidad Real del Consejo General del Notariado.

III. NORMATIVA NACIONAL

Esta Base de Datos de Titularidad Real, un verdadero registro público electrónico, tiene amparo legal expreso en el **artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014 (desde ahora RPBC)**, que dice *"Para el cumplimiento de la obligación de identificación y comprobación de la identidad del titular real establecida en este artículo, los sujetos obligados podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 10/2010, de 28 de abril"* **que desarrolló la ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (desde ahora, LPBC)**, que en su artículo 8.1 dice: *"Los sujetos obligados podrán recurrir a terceros sometidos a la presente Ley para la aplicación de las medidas de diligencia debida previstas en esta Sección, con excepción del seguimiento continuo de la relación de negocios"*. Pues bien, en virtud de estas previsiones, ya se han celebrado numerosos acuerdos con muchos sujetos obligados, desde entidades financieras y compañías aseguradoras a otros organismos públicos.

Junto a esta Base de Datos, el otro instrumento fundamental del Notariado en la materia es el **Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales dependiente del Consejo General del Notariado, y regulado por orden ministerial EHA/2963/2005, de 20 de septiembre**. Esta orden, dictada al amparo de los artículos 11.1 y 16 del derogado real decreto 925/1995 y del artículo 2.2 de la, también derogada, ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, subsiste tras la vigente ley 10/2010 (artículo 27) y tras el Real Decreto 304/2014 que la desarrolla (artículo 44) y que, además, dice en su Disposición Derogatoria Única que *"En cuanto no se opongan a lo dispuesto en el reglamento, continuarán vigentes la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado"*.

(...) la interconexión no es homogeneización, sino más bien una plataforma informática que, además, es de mínimos.

Tras más de diez años de constitución, aprobación y funcionamiento del Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales dependiente del CGN, la orden ministerial ECC/2402/2015, de 11 de noviembre, crea el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, denominado CRAB, que aparte de cangrejo en inglés (y que visto su retraso le resulta muy propio) es el acrónimo de Centro Registral Anti-blanqueo.

IV. LOS EXCESOS EN LA TRASPOSICIÓN AL DERECHO NACIONAL

La normativa nacional, no obstante, debiera ser reflejo exacto de las Directivas europeas. Sin embargo, el legislador, advertido de ello, desvió su rumbo y creó unas disfunciones que aún perduran. Veamos.

La **Directiva 2005/60, derogada por la vigente 2015/849**, no se refería a los registradores. No los mencionaba. Efectivamente, el artículo 1 se refería al ámbito de aplicación de la Directiva, y en ella, citaba a las entidades financieras, a las aseguradoras, a los notarios, a los agentes de la propiedad inmobiliaria, etc. pero no a los registradores. Y la vigente Directiva tampoco los menciona. O lo que es lo mismo, tras más de diez años entre ambas Directivas, suponiendo de la segunda una mejora y perfeccionamiento de la primera, estudiadas las experiencias nacionales, las nuevas modalidades de blanqueo, tras el complejo y participativo proceso normativo comunitario, sigue sin referirse a éstos. Y, a mayor abundamiento, la propuesta de reforma de la Directiva, sigue sin mentarles. Es tal la importancia de su función en esta materia que, existiendo registradores en todos los países europeos, el legislador europeo les ignora.

Sin embargo, en el **anteproyecto español de ley de blanqueo, que luego sería la 10/2010**, el legislador situaba el pie de igualdad, como sujetos obligados, a los notarios y a los registradores. Esta posición, muy voluntarista, suponía un exceso en la trasposición de la Directiva, lo que dio lugar a un **duro informe del Consejo de Estado (expediente 1904/2009) de 19 de noviembre de 2009**, en el que aseguraba que “La actual redacción del artículo 2.1.n) del anteproyecto, al hacer de los registradores sujetos obligados en pie de igualdad con los notarios, no responde al tenor del artículo 2.1 de la Directiva 2005/60/CE ni a la lógica del artículo 4 de aquélla. Además, la evitación de la “duplicidad y solapamiento” de las tareas de notarios y registradores es un objetivo de la política de organización de la Justicia preventiva (en los términos de la Orden Ministerial 2424/2008, de 15 de agosto). Por ello, y en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial”.

Este contundente informe del Consejo de Estado planteó la necesidad de modificar el anteproyecto, que se intentó vía enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG de 8 de abril de 2010), que pretendían que el redactado del artículo 2.1.n) fuese “Los notarios y los Re-



gistradores de la propiedad, mercantiles o de los bienes muebles en los términos señalados en el artículo 21 bis”. Este artículo 21 bis, que se introduce en otra enmienda, establece un régimen especial de colaboración limitada, dada la especial función de este cuerpo y, al mismo tiempo, sus limitadas funciones “a posteriori”. Señala la justificación de la primera enmienda que “en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial”.

Como sabemos, estas enmiendas nunca fueron aprobadas por el legislativo, y los registradores son sujetos obligados por la normativa española pero, insistimos, no por la europea. **El Consejo de Estado (Dictamen 824/2015, de 17 de noviembre) no ha pasado por alto la oportunidad de, en el dictamen preceptivo a la citada Orden ECC/2402/2015, recordar lo que ya dijo en el dictamen 1904/2009:** que la ley excede del texto de la Directiva. Además, añade este último dictamen “Es cierto que la Ley 10/2010 da un mismo tratamiento a notarios y registradores en cuanto a obligaciones de información y a su incorporación obligatoria a órganos de prevención centralizados; pero esta equiparación no impide, a juicio de este Consejo, delimitar con precisión y de forma diferenciada el papel que han de jugar los respectivos órganos centralizados

de prevención en el cumplimiento de tales obligaciones, teniendo en cuenta las características que definen el ejercicio de las funciones notarial y registral y con el objeto de evitar duplicidades innecesarias, conflictos competenciales y divergencia de criterios. Es claro, en este sentido, que el control que corresponde ejercer a notarios y registradores no puede verificarse en términos análogos pues no tienen los mismos instrumentos a su alcance (así, por ejemplo, en relación con el cumplimiento del deber de diligencia debida); y que sobre esta base cabría delimitar los ámbitos competenciales de los respectivos órganos de prevención.” O lo que es lo mismo, y como ya dijo “se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial”. Esta reflexión del más alto órgano consultivo del Estado, sin duda, nos pone en el camino correcto: siendo muy preminente la posición del notario, por su propia función, en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, es lógico que el régimen se vuelque en la función notarial y no en la registral.

V. EL SISTEMA ESPAÑOL DE TITULARIDAD REAL

Por tanto, si se hubiese respetado el contenido de la normativa europea y el dictamen del Consejo de Estado, quizá no habríamos llegado a la situación actual, pues el sistema de prevención del blanqueo estaría cabalmente organizado en función de la responsabilidad que a cada uno corresponde.

Ciertamente, siendo convergente la función notarial y registral en la seguridad jurídica preventiva, es, sin embargo, muy divergente por razón de la función y efecto jurídico de cada función dentro de la dinámica del blanqueo de capitales en el tráfico jurídico-privado.

Efectivamente, tiene el sistema español de seguridad jurídica preventiva unas características muy particulares que pasan, fundamentalmente, por un doble filtro de control a cargo de dos funcionarios distintos. Esta dualidad, muy eficaz en términos de control de legalidad, se vuelve inoperativa cuando la replicamos en materia de blanqueo de capitales.

Con todo, **el sistema jurídico mercantil español coloca al notario en una posición única**, privilegiada, que podemos analizar distinguiendo los siguientes aspectos, relacionándolos, fundamentalmente, con la posición del registro mercantil español:

V.1. EL NOTARIO TIENE MÁS INFORMACIÓN

Ciertamente el elemento más decisivo tiene que ver con el flujo de información que recibe cada profesional. **El notario maneja más información que ningún otro funcionario público.** Y no basta con referirse al Índice Único Informatizado, es la segunda mayor base de datos de este país y que supone una segregación parametrizada del contenido de todos los instrumentos

públicos autorizados o intervenidos por un notario, sino que conviene ir más allá. Hay que referirse, cómo no, a la documentación que permite configurar el negocio a escriturar, escrituras previas, documentos privados, a las motivaciones de las partes, los tratos preliminares, sus relaciones personales, situaciones de subordinación aparente, etc. Información que, a veces ajena a la literalidad del instrumento público, sí tiene enorme importancia para valorar operativas de blanqueo (así, entre muchos, artículo 13.1 de la Directiva y 5.1 LPBC). Información real, actual, viva, cambiante; que nunca podrá ser valorada por quien trabaja dentro del abstracto mundo de los libros registrales. Información, además, obtenida por casi tres mil funcionarios repartidos por toda la geografía nacional que, a modo de vasos capilares, canalizan la información de manera mucho más precisa y cercana que quien ubica su despacho en la capital de provincia.

Información que, además, permite cumplir fielmente un principio esencial en materia de blanqueo de capitales cual es el de la diligencia debida, concretada en la expresión anglosajona *know your customer* (conoce a tu cliente) y que implica, fundamentalmente, el conocimiento formal del cliente, de la titularidad real y del propósito o índole de la relación de negocios. Implica, por último, un seguimiento, formal y material, que no acaba con la celebración del negocio (art. 14.6 CDA). En fin, todos estos

aspectos de control confluyen en un funcionario público, el notario, que atenderá mejor a sus deberes si se utilizan los instrumentos que él mismo ha configurado para una óptima prestación de sus funciones.

Además, toda esa información en manos del notario se refiere, en muchos casos, a **entidades jurídicas respecto de las cuales el Registro Mercantil no sabe nada**, ni siquiera desde el punto de vista formal, distinguiendo dos principales casos:

- **las sociedades mercantiles inscribibles en este registro que, continuando con su actividad comercial, no pueden acceder al registro por falta de depósito de cuentas.** En 2017 depositaron sus cuentas 1.137.097 sociedades, lo que significa que respecto a las demás (más de dos millones según el Colegio de Registradores) nada sabe el Registro Mercantil. Un número elevadísimo para este propósito, como apuntó el GAFI en su informe sobre España. También, cómo no, nos referimos a aquellas sociedades que, por defectos que no afectan a la legalidad del acto social sino sólo al formalismo registral (por ejemplo, defectos en la certificación de los acuerdos), no tienen sus hojas registrales actualizadas y, por tanto, son desconocidas para los registros mercantiles. Un aspecto muy concreto de lo que el profesor ALFARO denominó hipertrofia de la calificación de los registros mercantiles.

- por otro, como ya apuntamos, **la multiplicidad de otras formas societarias y personas jurídicas no inscribibles en el registro mercantil pero que han sido constituidas ante notario o que su vida económica requiere, frecuentemente, la intervención de notario.** Nos referimos a fundaciones, asociaciones, uniones temporales de empresa, cooperativas, partidos políticos, sindicatos, etc. Su constitución, vida (necesidades de financiación o de representación, por ejemplo) y liquidación pasan habitualmente por un notario, pero el Registro Mercantil, desde luego, ni se entera. Por no hablar de la sociedad civil particular, forma societaria básica, habitual en zonas rurales, de enorme trascendencia económica y cuya vida jurídica y económica es siempre extrarregistral. O de los acuerdos parasociales, que condicionan el ejercicio de voto y, salvo excepciones, no tienen publicidad registral.

Esta referencia a sociedades no inscribibles no es menor, pues el propio conside-

rando 12 CDA obliga a los Estados miembros a "asegurar que se abarque la gama más amplia posible de personas jurídicas constituidas o creadas por cualquier otro mecanismo de su territorio". Igualmente, el artículo 13.1b) CDA habla de comprender la estructura de propiedad y control de "personas jurídicas, fideicomisos, sociedades, fundaciones y estructuras jurídicas similares".

Tampoco tiene el Registro Mercantil información de las transmisiones de participaciones (declaraciones de unipersonalidad aparte), elemento esencial para conocer la titularidad real. No obstante el contundente artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha argumentado que algunas transmisiones de participaciones sociales se realizan en documento privado, judicial o administrativo y, por tanto, escapa al control notarial a efectos de titularidad real. Esta afirmación, sin embargo, es sólo cierta en parte pues admite serias observaciones. Veamos.

La primera de ellas tiene que ver con la importancia de la escritura pública notarial en la transmisión de las participaciones sociales. Ciertamente, a falta de requisito *ad solemnitatem* (negado por el Tribunal Supremo en alguna sentencia aislada), no puede desdeñarse, siguiendo a viejos autores, un evidente requisito *ad probationem* de la titulación notarial frente a la sociedad y una nada desdeñable fuerza *ad utilitatem*, pues los efectos, el control y la eficacia que despliega la escritura notarial aconseja y hace frecuente su uso en la transmisión de participaciones, como la práctica dominante demuestra.

La segunda observación se pone en relación con el resto de este epígrafe: el notario maneja tanta información que en la inmensa mayoría de los casos, la falta de titulación pública en una transmisión de participaciones será completada con la información acreditada por esa sociedad con el pretexto de cualquier otra actividad comercial ante notario. Dicho con otras palabras, lo que no controla el notario directamente lo hará indirectamente sin que se resienta, en la mayoría de los casos, el control antiblanqueo y la eficacia de la Base de Datos de Titularidad Real.

Para este control, que hemos llamado indirecto, **tiene el notario, además, una fuente de información de un valor extraordinario. Nos referimos a la que resulta de la intervención de las pólizas**

bancarias. En 2017, fueron más de millón y medio en toda España. La importancia de esta documentación en la mecánica notarial antiblanqueo es doble:

- por un lado introduce nuevos elementos para valorar operativas de blanqueo agregando los datos de los sujetos comparecientes (a efectos, por ejemplo, del seguimiento continuo de operaciones de negocio del art. 6 LPBC),

- Por otro, es una extraordinaria e incommensurable fuente de información respecto de cualquier persona física o jurídica, especialmente respecto de aquellas entidades jurídicas que se constituyen en documento privado y por tanto escapan a la labor notarial o respecto a aquellas sociedades limitadas (o cooperativas, sociedades civiles, etcétera) cuyo capital social se ha transmitido al margen de la escritura pública, como hemos visto antes. Cualquiera de estas entidades, sin embargo, tienen necesidades de financiación y la intervención notarial es aprovechada para desplegar todas las medidas fundamentales de diligencia debida que antes apuntamos: identificando a los titulares formales, a los reales y tomando las demás medidas necesarias para que, no obstante haber sido constituidas en titulación privada, sean sometidas al exigente control notarial.

Concluamos, por tanto, que **los registros mercantiles españoles no tienen, prácticamente, más información que la que les aportan las escrituras notariales.** Y, como hemos comprobado, si ya la realidad supera en mucho al contenido de la escritura pública notarial, qué decir respecto del registro. Todo esto, cómo no, demuestra la eficacia en la obtención de datos del registro notarial de titularidades reales frente a la inoperatividad del Registro Mercantil para sumir esta función.

V.2. EL NOTARIO TIENE ANTES ESA INFORMACIÓN

La duplicidad notaría/registro tiene, además, una consecuencia puramente cronológica que también debe ser tenida muy en cuenta en lo que a blanqueo se refiere.

Ante el notario se constituye una sociedad que, en muchos casos, tendrá acceso al registro mercantil. Entretanto no accede, la sociedad tiene plena personalidad (aunque no la propia de sociedad limitada o anóni-



ma) y capacidad jurídica y, por tanto, puede realizar cualesquiera actividades comerciales. El Índice Único Informatizado del notariado, y por tanto su Base de Datos de Titularidad Real, ya tendrá la información necesaria para identificar a los titulares reales. Dice el considerando 20 de la que será Quinta Directiva que "La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes". El registro mercantil tendrá que esperar a que esa escritura de constitución (o cualquier otra) se liquide, se presente y se inscriba, obstáculo insalvable. Inscripción, por cierto, obligatoria pero no constitutiva.

A este respecto, el ya meritado informe del GAFI señala que "Las sociedades tienen la posibilidad de realizar una serie de actividades durante un período de hasta dos meses antes de su inscripción en el Registro Mercantil, utilizando su número de identificación fiscal provisional. La información sobre las sociedades en esta situación figura en el Índice Único Informatizado Notarial, pero no en el Registro Mercantil accesible al público". Además, la propuesta de Quinta Directiva modifica el apartado 4 del artículo 30, añadiendo que "Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el registro central a que se refiere el apartado 3 sea adecuada, exacta y actualizada". Recalca, en fin, el considerando 13 CDA que "La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes".



Actualización constante que, recordemos, se realiza ya con normalidad por el notariado vía Índice Único Informatizado, que se envía periódicamente.

V.3. BASE DE DATOS DE PERSONAS DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA

Esta información que recibe el notario desde el mismo momento que se identifica al cliente (función exclusivamente notarial, nunca registral) se relaciona, además, con otro registro creado a iniciativa del Notariado Español, la **Base de Datos de Personas de Responsabilidad Pública, creado por acuerdo del Consejo General del Notariado de 31 de mayo de 2014, al amparo de los artículos 20 de la Cuarta Directiva y los 14 y 15 de la ley 10/2010**. Sobre este aspecto, conviene reproducir, por su importancia, la literalidad de dos considerandos de la Directiva 2015/849: *"Hay que reconocer que determinadas situaciones presentan mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Si bien debe determinarse la identidad y el perfil empresarial de todos los clientes, hay casos en que son necesarios procedimientos particularmente rigurosos de identificación del cliente y comprobación de su identidad"* (considerando 31). *"El esfuerzo internacional para luchar contra la corrupción también justifica la necesidad de prestar una atención especial a estas personas y de aplicar medidas reforzadas de diligencia debida con respecto a las personas a las que se confían o se hayan confiado funciones públicas importantes, ya sea en su propio país o en el extranjero, y con*

respecto a los altos cargos de organizaciones internacionales" (considerando 32).

La duplicidad notaría/registro tiene, además, una consecuencia puramente cronológica que también debe ser tenida muy en cuenta en lo que a blanqueo se refiere.

De esta manera, al identificar a cualquier persona física compareciente, a través de un complejo sistema informático creado por el Notariado se obtiene la información de si se trata de una persona respecto a la cual haya que tomar especiales medidas de diligencia por razón de su cargo público o cercanía profesional o familiar a ella. A su vez, esta consulta automática se cruza con los datos obrantes en la Base de datos de Titularidad Real, obteniendo valiosísimos registros e información que, en su caso, puede dar lugar a la adopción de medidas de diligencia reforzada, a comunicaciones al órgano de prevención o a la obtención por éste, con la información que le aportan más de 2800 notarios, de indicios de blanqueo agregando información. Este ecosistema, comprensivo de la identificación formal del compareciente (realizando el importantísimo juicio de identidad notarial) y la identificación de la titularidad real con bases de datos creadas al efecto, es único e insustituible.

V.4. LA PERTURBADORA ORDEN MINISTERIAL JUS/319/2018

No teniendo el registro mercantil más información que la inscrita, y estando mucha de la inscrita ciertamente desactualizada, su posición corporativa en defensa de su interés en hacerse cargo del registro de titularidades reales se debilita enormemente. Sin embargo, recientemente se publicó una orden ministerial para introducir, de manera inverosímil, una suerte de manifestación de la titularidad real al tiempo de depositar cuentas.

Esta manifestación, siendo un vago intento de iniciar su propia base de datos de titularidad real demuestra, en primer lugar, que no era verdad (o no lo era del todo) cuando decían, meses atrás, que ya tenían identificada la titularidad real de las sociedades inscritas y que ese registro podía ponerse en marcha en cualquier momento. Esta afirmación, que era ya poco creíble conociendo el contenido del registro mercantil, se ha demostrado gravemente inexacta por el puro paso del tiempo y los apremios corporativos.

Este nuevo depósito de titularidades reales nos presenta un sistema ilegal y, además, verdaderamente ineficaz. Veamos.

Es ilegal porque la determinación de las medidas a adoptar en materia de prevención de blanqueo de capitales corresponden al Ministerio de Economía, no al de Justicia (D. F. 2ª del Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de la ley 10/2010 habilita al Ministerio de Economía y Competitividad para dictar las disposiciones de desarrollo y cuantas disposiciones y actos de aplicación sean necesarios para el desarrollo de lo previsto en el reglamento). Además, el régimen de publicidad del registro mercantil (público, sin control de acceso a la publicidad formal, a diferencia del Registro de la Propiedad) no es compatible con el régimen de publicidad previsto por la normativa europea vigente, que prevé un régimen de acceso muy limitado a los sujetos obligados y a aquellos organismos y autoridades dedicadas a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Siendo que la Quinta Directiva, aún no publicada, amplía este régimen de publicidad, sin embargo, sigue muy lejos de ser una publicidad libre.

Además, esta medida es enormemente ineficaz. En primer lugar porque se basa



en las puras manifestaciones de los sociedades, que habrán de rellenar el formulario en muchos casos sin ningún asesoramiento y control público de estas manifestaciones (como sí ocurre con las actas de manifestaciones ante Notario, por cierto, muy criticadas por los registradores por ser simple manifestación y no acreditación). Incluso estas manifestaciones, de ser correctas, sólo se refiere a aquellas sociedades que depositan cuentas, que como ya vimos son minoría. Deja este sistema fuera a todas las demás sociedades y demás entidades jurídicas igualmente obligadas a identificar sus titularidades reales. En segundo lugar, estas manifestaciones, en el mejor de los casos, reflejan la titularidad real en el momento de depósito de las cuentas, sin que nada obste a que aquélla cambie al día siguiente de la presentación. Por tanto, no se cumple el requisito, básico en materia de blanqueo, que hacer un seguimiento continuo de aquellos con quienes se establece relación de negocio.

En definitiva, se trata de un instrumento al que, sin perjuicio de sus avatares judiciales, le queda muy grande la materia del blanqueo y demuestra más un interés corporativo por favorecer determinados intereses que un conocimiento de lo que la titularidad real y, en general el blanqueo de capitales, significa.

V.5. LOS COSTES DE CUMPLIMIENTO

No es justo valorar cualquier opción en materia de blanqueo sin tener en cuenta los gastos, en sentido amplio, en que los actores económicos incurren actualmente y en los que incurrirían de adoptarse la propuesta registral.

El problema del coste es, además, un criterio esencial explicitado por el legislador europeo en el mismísimo considerando 2 de la Cuarta Directiva Antiblanqueo, que destaca *"la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados"*.

Pues bien, **el sistema vigente, articulado en torno a la Base de Datos de Titularidad Real, se ha demostrado muy eficaz con unos gastos muy bajos para la sociedad.** La creación, actualización y gestión de la meritada Base de Datos supuso una apuesta por situar al Notariado español en la vanguardia europea y mundial en materia de prevención y lucha contra el

blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Supuso, además, un millonario esfuerzo económico y humano que ha creado una institución única: un registro electrónico con la titularidad acreditada (no manifestada) de más de 2.000.000 de sociedades anónimas, 117.000 sociedades anónimas y otras 195.000 entidades no mercantiles. Desde que se creó, hace algo más de 5 años, se han realizado más de 3.500.000 de solicitudes de información por demás sujetos obligados y autoridades encargadas de la lucha contra el blanqueo y la delincuencia organizada.

Sin embargo, semejante esfuerzo no se ha repercutido en modo alguno a las cientos de miles de entidades (en su mayoría pequeñas y medianas empresas) cuyas titularidades reales se incorporaron y se actualizan cuando es preciso para mantenerlas al día.

Efectivamente, el notario no suele cobrar nada por realizar la labor de identificación de la titularidad real, recabando escrituras y demás documentación para recomponer la estructura de capital de una entidad. En aquellos casos, los menos, en los que la titularidad real es simplemente manifestada, esa acta tiene un coste muy bajo y su validez se prologa, con frecuencia, durante varios años. Un gasto, por lo demás, que no cubre los costes de creación del documento. Está, desde luego, muy lejos de considerarse un gasto desproporcionado.

Además, el sistema de transmisión de participaciones en escritura pública se ha mostrado muy eficaz y no ha impedido, no obstante el secreto del contenido de la escritura, el control oportuno de estas transacciones, tanto en términos fiscales como en términos de blanqueo. Es más, el sistema ha permitido compaginar el oportuno y necesario control público sobre estas transacciones económicas con la necesaria reserva y discreción que el empresario requiere.

El Notariado, en fin, ha controlado el blanqueo y ha identificado titularidad reales sin necesidad de añadir apenas nuevos costes y sin crear trámites inoportunos y gravosos para las empresas y demás entidades jurídicas.

Sin embargo, el sistema propuesto por el colectivo registral supone incrementar enormemente los gastos y la burocracia. Supone añadir gastos y tiem-

po a una economía como la española que lucha por mejorar año tras año sus índices de competitividad y que, además, lo hace con un tejido empresarial compuesto abrumadoramente por micro empresas que no pueden permitirse más gastos y más trabas.

Efectivamente, el elemento esencial de la propuesta registral es volver al sistema de inscripción de las participaciones sociales. Sistema que se dejó atrás hace casi 30 años y que la práctica diaria y la bajísima litigiosidad no han echado de menos. Pretenden volver a un sistema que les asegurará nuevos ingresos: la propia inscripción de las participaciones y la publicidad correspondiente. Supone, en fin, un nuevo trámite a añadir y que no aporta contenido sustancial en cuanto a blanqueo se refiere.

Así, con todo, **sería ingenuo no reconocer que el sistema vigente necesita algunos ajustes para ser todavía más eficaz.** Estas mejoras que pudiera proponer el Notariado español **no se orientan, sin embargo, a asegurar nuevos ingresos. Se orientan, como ha demostrado hasta ahora, a hacer más eficaz el sistema de prevención del blanqueo de capitales y a continuar perfeccionando su instrumento más valioso, la Base de Datos de Titularidad Real.**

VI. CONCLUSIÓN

En este artículo hemos analizado algunos aspectos del sistema español de titularidad real que se relacionan con su principal instrumento, la Base de Datos de Titularidad Real. Muchos de estas facetas resultan de la propia función notarial, que es especialmente adecuada para adoptar un papel protagonista en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Otros aspectos, sin embargo, han sido fruto del esfuerzo de una Corporación de Derecho Público que ha asumido sus responsabilidades y ha tomado la iniciativa creando dos registros que hoy en día son esenciales: el de personas de Responsabilidad Pública y el Titularidad Real.

Sin embargo, **el Notariado tiene el firme convencimiento de que sus posibilidades en esta materia no deben detenerse aquí. Se están desarrollando importantísimos proyectos que permitirán configurar un registro de titularidades reales todavía más avanzado, todavía más eficaz y, siempre, con unos costes de cumplimiento muy bajos.**

Sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña

Contratos de mandato, sobre objeto ajeno y de prestaciones periódicas. Modificaciones introducidas en otros libros del Código Civil



Antonio Longo Martínez
Notario de Barcelona

EL CONTRATO DE MANDATO

El contrato de mandato aparece incluido en el CCCat dentro de los “contratos sobre actividad ajena”, y más concretamente de servicios. Vamos a comentar, necesariamente de modo muy esquemático, algunas de las peculiaridades de la regulación.

A. El Libro Sexto regula únicamente el **MANDATO REPRESENTATIVO**, en el que la obligación del mandatario se acompaña necesariamente de la legitimación para actuar. Se entiende (ver Preámbulo) que la actuación en nombre propio pero por cuenta de otro (art. 1717 CC) es materia propia de las disposiciones generales del contrato, o incluso, como institución jurídica transversal, del Libro Primero. Así, el art. **622-21-1** nos dice: “En el contrato de mandato, el mandatario se obliga a gestionar **en nombre** y por cuenta del mandante los asuntos jurídicos que este le encarga, de acuerdo

con sus instrucciones”. Cabe, obviamente, la representación (poder) que no nazca de un mandato, pero no, en la regulación que analizamos, el mandato sin representación, por más que ésta pueda no ser necesaria en tanto la ejecución del mandato no requiera la relación con terceros.

Como contrato “intuitu personae”, la actuación del mandato debe ser personal (**art. 622-26**), si bien se permiten, con la autorización del mandante, la sustitución y la delegación, entendiendo la primera figura como aquella que desvincularía al mandatario contratante inicial.

B. Otra idea importante presente ya en la definición es la referente al **OBJETO** del mandato. Frente a los términos del art. 1709 CC (“prestar algún servicio o hacer alguna cosa”), demasiado parecidos a los del art. 1544 para el arrendamiento de obras o servicios (“ejecutar una obra o prestar un

servicio por precio cierto”), el CCCat se refiere a la **gestión de los asuntos jurídicos** que el mandante le encarga, como tipo particular de servicios. Se utiliza el adjetivo “jurídicos” en relación a los asuntos, cuando, quizá, habría sido más adecuado hacerlo en referencia a los actos que constituyen la actuación del mandatario (la “gestión”), asumiendo la interpretación generalmente aceptada de que el mandato engloba únicamente aquellos actos de relevancia jurídica en la esfera patrimonial del mandante, excluyéndose los meramente materiales. Sí debe permitir el concepto *gestión* resolver la cuestión referente a la naturaleza de la obligación del mandatario, en cuanto no es una obligación de resultado, sino de actividad o “de medios”.

C. Aunque la naturaleza de la gestión encomendada puede determinar el **ÁMBITO Y EXTENSIÓN** del mandato (art. **622-23-1**) y la forma de actuación del mandatario



(art. 622-27-2), no existen normas de pre-configuración legal de los límites de dicha actuación, al modo de las de los artículos 1712 y 1713 CC (mandato general o especial, mandato concebido en términos generales). Si bien en el art. 622-23-2 se indica que “el mandatario solo puede realizar los actos de administración ordinaria”, inmediatamente se añade: “salvo que esté facultado expresamente para realizar otros”. Es por tanto en el **encargo**, cuyos perfiles se determinan por acuerdo entre las partes (arts. 622-23, 622-27-1, letra a), en el que se determinan esos límites. El mandatario debe sin embargo atender también a las **instrucciones** dadas por el mandante. En el ámbito del CC (art. 1719 CC) se ha venido entendiendo que traspasar las instrucciones del mandante no supone vulnerar los límites del mandato, aunque pueda dar lugar a un incumplimiento contractual y en su caso a una indemnización por los daños y perjuicios causados al mandante. Sin embargo, el art. 622-22, relativo a los supuestos de actuación extralimitada, nos dice que, como regla general, “los actos realizados fuera del ámbito del mandato o que no se ajusten a las instrucciones no vinculan al mandante”, lo cual aleja estas “instrucciones” del concepto que se utiliza en el CC y lo acerca al del propio encargo. De hecho, y con arreglo a la definición ya vista del art. 622-21, no parece que pueda haber encargo sin instrucciones.

D. Como excepciones a la regla de no vinculación del mandante frente a terceros en caso de **ACTUACIÓN EXTRALIMITADA** del mandatario (art. 622-22) se incluyen la ratificación (vid. 1727 CC), la actuación más ventajosa (vid. 1755 CC), y también la alteración sobrevenida de circunstancias ignorada por el mandante y que el mandatario no ha podido comunicarle, supuesto en el que sí quedará el mandante vinculado cuando la actuación del mandatario se ajuste a lo que razonablemente habría autorizado aquél. En todo caso, el tercero tiene acción para **requerir la ratificación** del mandante en un plazo razonable, indicándose que la falta de respuesta a dicho requerimiento se entiende como no ratificación. Esta circunstancia no debe llevar a entender, a mi juicio, que no se produzca en tal caso la vinculación del mandante si se dan cualquiera de los otros dos supuestos del art. 622-22. Cuestión que, por otra parte, hay que poner en relación con el reconocimiento expreso de que la ratificación no perjudicará los derechos de los terceros de buena fe (vid. 1259 CC).



E. Conforme al art. 622-25 el mandatario no puede **AUTOCONTRATAR** con el mandante en el asunto objeto de encargo, salvo que exista una autorización expresa o una tan precisa concreción de los términos del contrato que evite el riesgo de lesión. Lo mismo ocurre en cualquier otro caso de **conflicto de intereses** con el mandante. Pero no, y ello es importante, si tal conflicto se produce entre dos mandantes de un mismo mandatario, pues dice el número 3 de este artículo que “el mandatario que acepta gestionar un asunto determinado por encargo de **dos o más mandantes con intereses contrapuestos** debe informar a las partes de este hecho y actuar de forma neutral. De lo contrario, responde de los daños causados y pierde el derecho a la remuneración”; de lo que resulta que es posible la actuación de un mismo mandatario en un contrato entre dos mandantes, sin necesidad de una autorización expresa de estos. El supuesto es distinto al que regula el art. 622-30, en el que se confiere un único mandato por varios mandantes para la gestión de un asunto de interés común. El artículo anterior, 622-29, regula el supuesto inverso, un mandante y varios mandatarios, cuya actuación se presume que puede ser individual si no se pactó lo contrario.

F. El art. 622-33 establece las causas de **EXTINCIÓN** del mandato, incluyendo como primera –tras las previstas en el título de constitución o en la ley– el cumplimiento del encargo, supuesto no tan claro si atendemos a la posible existencia de obligacio-

nes a cargo del mandante (como la remuneración) que puedan estar pendientes de cumplimiento.

Uno de los problemas principales que plantea la extinción del mandato es el de la posible **validez frente a terceros de lo actuado por el mandatario** tras producirse la causa de extinción. En el CC, la regla general la da el art. 1738, que exige para esa validez, cumulativamente, que el mandatario desconozca la causa de extinción y la buena fe de los terceros, que obviamente no se dará si por su parte conocen dicha causa. Frente a esta regla general, el art. 1734 refuerza esa protección de los terceros cuando la causa de extinción es la revocación y el mandato se ha dado para contratar con terceros determinados, en cuyo caso basta con el desconocimiento de la revocación por parte de estos, incluso aunque el mandatario sí la conozca.

Esta mayor protección parece ser, en el CCCat, la regla general para cualquier mandato y para cualquier causa de extinción. Así resulta del artículo 622-39-3, cuyo número 2 señala que “los actos que haga el mandatario antes de conocer la extinción son eficaces respecto del mandante y sus herederos”, añadiendo a continuación el número 3 que “si los terceros de buena fe no conocen la extinción del contrato, este hecho no les afecta”. Es suficiente por tanto, para la validez de los actos realizados por el mandatario, el desconocimiento por parte del tercero de buena fe, incluso en el caso



de que dicho mandatario sí conozca la causa de extinción. Si bien es cierto que del número 2, aisladamente considerado, podría deducirse otra cosa, el requisito de la buena fe de los terceros debe entenderse siempre necesario. Así se deduce de los trabajos preparatorios elaborados en la Comisión de Codificación, y así resulta, para el caso particular de la extinción por revocación, de lo previsto en el art. **622.35-2**, que reproduce la regla general, podría pensarse que de modo innecesario.

G. Una de las peculiaridades de la regulación es la que se refiere al **PACTO DE IRREVOCABILIDAD (art. 622-36)**, admisible a fin de salvaguardar intereses legítimos del mandatario o de los mandantes (en plural, pues es de dicha pluralidad de la que derivaría el interés a proteger) derivados de una relación jurídica distinta del mandato. La extinción de dicha relación jurídica, o la concurrencia de cualquier otra "causa legítima" permite no obstante la revocación, cuya eficacia se condiciona a que, notificada al mandatario, este no se oponga en el plazo de quince días. El carácter irrevocable del mandato hace por otro lado que la legitimación que de este deriva a favor del mandatario se prorrogue más allá de la extinción del mandato cuando dicha extinción se produce por cualquier causa que afecte al mandante (**art. 622-38**), lo que habilitaría al mandatario a actuar incluso tras el fallecimiento del mandante, en línea con lo previsto en muchos casos en el derecho comparado.

CONTRATOS DE CULTIVO Y OTROS "SOBRE OBJETO AJENO"

El Título II del Libro VI sitúa, a continuación del Capítulo II, dedicado a los "Contratos sobre actividad ajena", un Capítulo III que titula "Contratos sobre objeto ajeno". En realidad, el legislador incorpora al Código, adaptándola, la **Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo**, si bien, asumiendo que en la misma se regulan algunos contratos que no son propiamente de cultivo, dedica a los que sí lo son una primera Sección, y unas Secciones segunda y tercera, respectivamente, al contrato de custodia del territorio, basado en el anterior arrendamiento con fines de protección del patrimonio natural, y al arrendamiento para pastos.

El contrato de cultivo por excelencia es el **arrendamiento rústico**, junto al que se regulan la **aparcería** y la **masovería**, sujetos todos ellos a unas Disposiciones generales que se contienen en los **arts. 623-1 al 623-10** y que vienen a reproducir los diez primeros artículos de la ley. Puede ser oportuno recordar algunas características de la regulación que se incorpora, así como las consecuencias que se derivaron de su entrada en vigor en relación a los contratos anteriormente existentes.

En primer lugar, señalar que, siguiendo el esquema existente en la ley en relación a su régimen jurídico, el **art. 623-8** señala que "los contratos de cultivo se rigen por lo establecido imperativamente por el presente

código, por los pactos convenidos entre las partes contratantes o, en su defecto, por el uso y costumbre de la comarca. Supletoriamente, les son de aplicación las demás disposiciones del presente código". Se prevé por otra parte que las disposiciones sobre el contrato de arrendamiento se apliquen a los otros contratos de cultivo en la medida en que lo permita su naturaleza (**arts. 623-8-3**).

A pesar de los términos del **art. 623-1**, que define como contratos de cultivo todos aquéllos, "cualquiera que sea su denominación, por los que se cede onerosamente el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal de una *finca rústica*", es posible –como ya anunciaba la Exposición de Motivos de la Ley 1/2008, que usaba esos mismos términos– el contrato de cultivo que tiene por objeto una finca calificada como suelo urbano o urbanizable, y así el **art. 623-27** indica que no existirá la preferencia adquisitiva del arrendatario "si la finca no tiene la calificación de rústica". El ámbito de aplicación de la normativa no se restringe tampoco por razones subjetivas, de modo que pueden ser partes contractuales todas las personas con capacidad de contratar (**art. 623-5**). Sin perjuicio de lo anterior, determinados derechos, como los de adquisición preferente, están reservados (**art. 623-8-2**) a quienes reúnen la condición de "cultivador directo y personal", que la norma (**art. 623-6**) reserva a aquellas personas físicas (o comunidades de bienes o sociedades participadas mayoritariamente por dichas personas físicas) que, implicándose económicamente en la explotación, dedican la mayor parte de su tiempo laboral a actividades agrarias o complementarias, de las que obtienen también su fuente principal de ingresos.

Conviene recordar que actualmente la práctica totalidad de los contratos de arrendamiento rústico, aparcería o masovería existentes en Cataluña están sujetos a la Ley 1/2008, de 20 de febrero. Los concluidos previamente a su entrada en vigor lo estaban a la Ley estatal 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, o sus precedentes de 1995 y 1980. Sin embargo, la Disposición Transitoria de la ley catalana de 2008 determinó que la misma sería aplicable a todos los contratos de cultivo convenidos con anterioridad a la misma, a partir del momento en que se hubiere cumplido el plazo mínimo de duración, y entrasen en la primera prórroga o en alguna otra



sucesiva. Ello afecta a cuestiones esenciales como la duración mínima de los contratos -cinco años en la Ley 2003 del Estado y siete en la ley catalana- la de su prórroga -tres años en la del Estado y cinco años en Catalunya- y el derecho de adquisición preferente del cultivador directo y personal, suprimido en los contratos sujetos a la Ley del Estado de 2003, como contrarios, según su Exposición de Motivos, al principio de libre circulación de la tierra.

Por lo demás, las escasas novedades que el Libro VI introduce se refieren de modo mayoritario precisamente al derecho de adquisición preferente regulado en sede de **ARRENDAMIENTO RÚSTICO**. Así:

1. Se excluye dicho derecho (**art. 623-27-1**) cuando el negocio transmissivo es una donación entre vivos, frente a lo que para tal supuesto establecía el art. 33.1 de la ley.

2. Se complementa (**art. 623-27-3**) la norma según la cual “en el supuesto de finca solo arrendada en parte o a diferentes arrendatarios, el derecho del arrendatario se limita a la parte de la finca que se tiene en arrendamiento”, con dos previsiones concretas:

a) la primera contempla el caso de que “el otro arrendatario no ejerza este derecho, supuesto en el cual el derecho del otro arrendatario se extiende a toda la finca”.

b) la segunda señala que “si la finca arrendada no se puede segregar o dividir por aplicación de la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, puede ejercer este derecho el arrendatario que tiene la porción de terreno de menor extensión y, en igualdad de circunstancias, decide la suerte”.

3. Se especifica el carácter notarial de la consignación que debe hacer el arrendatario que ejerce el derecho de tanteo (**art. 623-28-2**).

4. Se determina (**art. 623-29-2**) que los dos meses durante los que el arrendatario puede ejercitar el retracto son los siguientes al momento en que tenga conocimiento de la enajenación o, se añade ahora, “al momento de la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad, si se ha producido antes”.

Existe en el número 4 de este art. 623-29 una norma que puede resultar confusa al decir que “tanto si existe derecho de tanteo

y retracto como si no existe, para inscribir en el Registro de la Propiedad el título de adquisición de una finca rústica arrendada, debe justificarse que se ha notificado fehacientemente al arrendatario”. Resultaba más claro su precedente contenido en el art. 35.3 de la ley, que exigía la notificación “en cualquier caso, aunque el arrendatario o arrendataria no tenga derecho de adquisición preferente *al no ser cultivador directo y personal*”. Esta parece la interpretación correcta de la norma, si bien por los términos ahora utilizados podría entenderse exigible la notificación incluso en los casos excluidos de esa preferencia adquisitiva por razón del negocio formalizado (donación) o de la condición no rústica del terreno.

Hay que recordar por otro lado que la Ley 9/2011, 29 diciembre, de promoción de la actividad económica dejó sin contenido los artículos 43 y 44 de la Ley que regulaban un derecho de adquisición preferente a favor de la Generalitat, subsidiario al de los arrendatarios y los colindantes, en cualquier supuesto de enajenación de fincas rústicas o explotaciones agrarias.

Frente al arrendamiento rústico, en el cual la renta no puede consistir en una cantidad alícuota de los frutos –sí en una cantidad determinada de estos, ex **art. 623-12**- en el contrato de **APARCERÍA** la contraprestación a cargo del aparcero es precisamente una participación en los frutos obtenidos, no necesariamente proporcional a la participación en la explotación de la finca (**art. 623-30**). Y mientras que en el arrendamiento rústico o en la aparcería el contrato no se extiende a la vivienda que exista en la finca, salvo pacto en contrario (art. 623-3), en la **MASOVERÍA** habitar el *mas* es precisamente una obligación derivada del contrato (**art. 623-33**), sin que el masovero deba pagar por ello contraprestación alguna.

El nuevo contrato de **CUSTODIA DEL TERRITORIO**, regulado en el **art. 623-34**, viene a sustituir las previsiones contenidas en los arts. 6 y 40 de la ley en relación a aquellos contratos a favor de determinadas entidades dedicadas a la custodia del paisaje rural o agrícola, al cuidado de la biodiversidad en el territorio rural o al mantenimiento del patrimonio cultural de las tierras rurales. En la ley se consideraban impropriadamente contratos de cultivo, y se les aplicaba el régimen de los arrendamientos rústicos si las partes no convenían otra cosa, y “de acuerdo con la legislación ambiental, urbanística



o paisajística correspondiente”. Al mismo tiempo, se disponía que tales entidades gozaban de los derechos específicos que se reconocían al cultivador directo y personal.

Estas previsiones se intentan aclarar, con éxito discutible, en el Libro Sexto, que regula un contrato específico, de carácter temporal, en el que las respectivas contraprestaciones son la cesión total o parcial del uso o gestión del inmueble a cambio de la realización de “actividades de asesoramiento, de divulgación, de planificación o de gestión y mejora, con el fin de conservar la biodiversidad, el patrimonio natural y cultural y el paisaje o de hacer una gestión sostenible de los recursos naturales”. No es necesario, frente a la anterior regulación legal, que la entidad cesionaria no tenga ánimo de lucro.

En cualquier caso, los perfiles del contrato no resultan suficientemente dibujados en la norma, que literalmente se remite, en cuanto a la determinación de las obligaciones de las partes y su incumplimiento, la duración o las garantías, a lo que libremente estipulen aquéllas, pudiendo configurarse el derecho del cesionario como obligacional o real, “si cumple, en este caso, los requisitos establecidos por la ley”. Los antecedentes de la norma parecen configurar tales actividades a cargo de la entidad cesionaria como de interés público, por lo que quizá la motivación que pueda tener el

propietario de un inmueble en realizar esa cesión pueda resultar muy limitada, si no se le incorpora al contrato algún tipo de contraprestación adicional, como la asunción de gastos de conservación o mantenimiento, o se estimula con algún tipo de incentivo fiscal. Por otro lado, de los términos legales no se deduce fácilmente qué actividades ampara o excluye ese “uso o gestión” que es objeto de cesión, cuáles pueden ser objeto de la misma, y cuáles quedarían en la esfera de las del propietario.

Finalmente, el **art 623-35** regula el **ARRENDAMIENTO PARA PASTOS**, reproduciendo el contenido del art. 41 de la ley, y añadiendo que el mismo se registrará por lo que libremente hayan convenido las partes o, en defecto de pacto, por las normas del arrendamiento rústico, en lo que sean compatibles.

CONTRATOS DE PRESTACIONES PERIÓDICAS: VIOLARIO, CENSAL Y CONTRATO DE ALIMENTOS

El CCCat incorpora al Libro Sexto, con algunas modificaciones, las figuras del violario y el censal reguladas anteriormente en la Ley 6/2000, de 29 de junio, de pensiones periódicas. Junto a dichas figuras se incluye ahora también el contrato de alimentos, cuya regulación, nos dice el Preámbulo, “se deriva del artículo 237-14 del libro segundo, de la letra d de la parte III del preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y del artículo 4.3 de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores”, figura esta de la que se prescinde por su falta de arraigo práctico.

El violario y el contrato de alimentos se incluyen en el Capítulo IV del Título II, referente a los “Contratos aleatorios”, aleatoriedad que deriva de que la duración de la obligación periódica está ligada a la vida de determinada o determinadas personas. En el censal, que se regula en un Capítulo VI, relativo a los “Contratos de financiación y de garantía” –haciendo así referencia a lo que fue la finalidad clásica de la figura- esa obligación tiene duración indefinida.

Por lo demás, existen evidentes similitudes –aunque también diferencias- entre los tres contratos, en los que una persona, a cambio de un capital –salvo en el violario constituido a título gratuito- se obliga

frente a otra a una determinada prestación periódica en el tiempo. Ello justifica su examen conjunto, que puede hacerse tratando los siguientes aspectos:

1. Beneficiario de la pensión o alimentos

El beneficiario de la pensión o de los alimentos ha de ser una persona física. Aunque dicha especificación solo se incluye expresamente en el caso del VIOLARIO (**art. 624-4**), resulta implícita en la propia naturaleza del CONTRATO DE ALIMENTOS, y se ha entendido generalmente aplicable también al CENSAL, en relación al cual la norma (**art. 626-1**) señala que los beneficiarios serán “una persona y sus sucesores”.

2. La obligación a cargo del pagador. Su transmisibilidad

En el VIOLARIO (**art. 624-1**) y en el CENSAL (**arts. 626-1 y 626-3**) está constituida por el pago de una pensión o prestación periódica en dinero (concreción esta que es una novedad en cuanto a la regulación del censal). En el CONTRATO DE ALIMENTOS (**art. 624-8**), la obligación consiste en “*prestar alojamiento, manutención y todo tipo de asistencia y cuidado a una persona durante su vida, salvo que se haya pactado otro contenido*”, de lo que cabe deducir la posibilidad de que se sustituya esa obligación por el pago de una renta. Esta sustitución o conmutación puede por lo demás ser ordenada por la autoridad judicial a solicitud de cualquiera de las partes en caso de discrepancias entre las mismas, o cuando la prestación alimenticia se ha transmitido a los herederos del obligado a prestarla (**art. 624-10**).

En caso de fallecimiento del pagador o del beneficiario, la **transmisibilidad** de la obligación del primero y del derecho del segundo sigue reglas distintas, derivadas de la diferente finalidad y características propias de cada contrato.

- En el VIOLARIO, resulta determinante el hecho de que la obligación de pago de la pensión está ligada en su duración a la vida de una o varias personas (**arts. 624-1 y 624-3**), lo cual implica:

a) Que si viviendo dichas personas fallece el pagador, su obligación se transmitirá a los herederos de este, salvo, lógicamente, que sea él mismo la persona a cuya vida esté ligada esa duración, pues su fallecimiento daría lugar a la extinción de la obligación.

b) Que si el que fallece es el beneficiario, su derecho se transmite a sus sucesores. Como excepción, si el violario se constituye a título gratuito, el constituyente puede determinar expresamente que el beneficiario no puede transmitir la pensión (**art. 624-2-2**).

- En el CENSAL, la naturaleza indefinida de la obligación de pago hace que la misma se transmita a los herederos del obligado. Del mismo modo, el derecho al cobro de la pensión se transmite a los sucesores del beneficiario inicial, tal como resulta ya del art. 626-1, habiendo entendido algunos autores que esa referencia a los “sucesores” permitiría incluso una transmisión inter vivos.

- En cuanto al CONTRATO DE ALIMENTOS, el **art. 624-11** señala que cuando la persona que presta los alimentos muere, la obligación se transmite a sus herederos (supuesto en el cual entra en juego la regla de la posible conmutación judicial por una renta en dinero). Por el contrario, sigue diciendo el mismo artículo, el derecho de la persona que recibe los alimentos es intransmisible y se extingue con su muerte o declaración de fallecimiento.

3. Contraprestación a la obligación del pagador

El VIOLARIO puede constituirse a título gratuito u oneroso (**art. 624-2**). En este caso la contraprestación a la obligación de pago de la pensión estará constituida por la entrega de un capital en **bienes muebles o inmuebles**. El CENSAL y el contrato de ALIMENTOS son necesariamente onerosos (frente a lo que para el censal parecía deducirse del art. 5º2 de la Ley), en cuanto que la obligación de pago de la pensión o alimentos tiene necesariamente una contraprestación, que consistirá en la transmisión de “la propiedad de **bienes concretos o de una cantidad determinada de dinero**” (**art. 626-1**) y “de un capital en **bienes o derechos**” (**art. 624-8**), respectivamente. Dada la generalidad de los términos utilizados (“bienes muebles o inmuebles”, “bienes o derechos”) se diría que también en el violario y en el contrato de alimentos cabe estipular que la contraprestación consista en un capital en dinero.

El **art. 624-4.5** señala que en el VIOLARIO la contraprestación puede correr a cargo de persona distinta del beneficiario de la pensión. En este caso, se trataría de un contrato con una estipulación a favor de tercero, la designación del cual puede ser revocada por el estipulante antes de ser aceptada,

en línea con lo previsto en el art. 1257'2 CC. Esta posibilidad de configurar el pago de la pensión o prestación como una estipulación a favor de tercero no aparece expresamente prevista en cambio en la regulación del CENSAL ni en la del del CONTRATO DE ALIMENTOS. Sin embargo, se nos dice que dicho pago o prestación deberán hacerse, respectivamente, a “una persona y sus sucesores” (**art. 626-1**) y a “una persona” (**art. 624-8**), sin concretar que tal persona haya de ser quien transmitió el capital al pagador, de lo que podría deducirse que puede ser un tercero ajeno al transmitente.

4. Garantías

El CCCat señala, de modo probablemente innecesario pero siguiendo lo ya previsto en la Ley, la posibilidad de constituir garantía personal o real de la obligación de pago de la pensión o prestación de alimentos. Existe además en la regulación de cada uno de los contratos, una referencia concreta a que dicha garantía pueda ser una hipoteca, con remisión en este caso a la legislación hipotecaria y a los art. 569-37 y 569-38 CCCat, y con mención expresa de la posibilidad de que en caso de venta de la finca hipotecada se pueda pactar la subrogación del comprador en la obligación garantizada, con liberación del deudor desde que el acreedor la consienta. Del mismo modo, los **arts. 626-3.4 y 624-9.2** se refieren a la condición resolutoria en relación al VIOLARIO y al CONTRATO DE ALIMENTOS, lo que no se hace en cambio al regular el CENSAL, quizá por el carácter indefinido de la obligación. En mi opinión, esta circunstancia no debería ser sin embargo obstáculo al pacto de condición resolutoria, si se señala al mismo una duración determinada, como habrá que hacer en el caso de la hipoteca.

El **art. 624-6** prevé para el VIOLARIO que, en caso de impago reiterado, se pueda solicitar a la autoridad judicial que adopte las medidas de garantía necesarias para asegurar el pago de las pensiones futuras; añadiendo, respecto de su antecedente legal, que si no se constituyen las garantías en el plazo de tres meses, puede solicitarse la resolución del contrato. Es importante señalar que la norma aclara ahora (como hace también para el CENSAL el **art. 626-6.2**) que la resolución del contrato no conlleva la devolución de las pensiones percibidas, previsión que quizá no habría sobrado que se incluyera en relación al CONTRATO DE ALIMENTOS, cuando menos en el caso de



que la obligación del pagador se hubiera conmutado por una cantidad en dinero.

Señalar por último que en la regulación del CENSAL se mantiene el llamado pacto de mejora, que obliga al pagador de la pensión a constituir garantía dentro del plazo estipulado (o a mejorar la ya constituida), bajo pena de tener que restituir el capital recibido.

5. Extinción

Como veíamos, mientras en el CENSAL la obligación del censatario es indefinida, el VIOLARIO y el CONTRATO DE ALIMENTOS tienen una duración que se vincula a la vida del acreedor de la pensión o perceptor de la prestación de alimentos o, en el caso del violario, a la vida del pagador, del constituyente, o de una o varias terceras personas.

El CENSAL, sin embargo –y también el VIOLARIO– puede extinguirse por la redención, que implica la devolución íntegra del capital, en principio al constituyente o a sus sucesores. En el caso del CENSAL puede pactarse la irredimibilidad temporal, aplicando los límites establecidos para los censos (art. 562-12.3). No se contempla por el contrario la redención parcial que, sujeta a la conformidad del censalista, preveía el art. 9'3 de la Ley.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 3/2017 EN OTROS LIBROS DEL CÓDIGO CIVIL

Las disposiciones finales de la Ley 3/2017, 15 febrero, primera del Libro Sexto, intro-

ducen algunas modificaciones en los otros libros del CCCat, muchas de ellas motivadas por la intención de adaptar el contenido del mismo a la nueva normativa sobre jurisdicción voluntaria.

El **LIBRO SEGUNDO** es el que recibe el mayor número de modificaciones. Es el caso de la SEPARACIÓN O DIVORCIO, cuya regulación se adapta a la posibilidad, si no hay hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, de que los cónyuges formalicen el convenio (**art. 233-2**) así como su posible modificación posterior (**art. 233-3**) ante notario o Letrado de la Administración de Justicia (LAJ). De modo paralelo, esta posibilidad se extiende ahora al ámbito de la PAREJA ESTABLE en relación a los pactos alcanzados después del cese de la convivencia, si no existen hijos comunes que dependan de los convivientes (**art. 234-6.3**; parece un desliz el no haber exigido también la inexistencia de hijos “con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos”, como ocurre en el matrimonio). Consecuencia de lo anterior es que en todos aquellos artículos (también en otros Libros del CCCat) que contenían alguna referencia a la “separación judicial” se ha sustituido esta por la de SEPARACIÓN LEGAL, que comprende tanto la acordada por el juez como las que se tramiten ante Notario o ante el LAJ.

También se modifican aquellos artículos relativos a FUNCIONES QUE PASAN A SER ASUMIDAS POR EL LAJ, por ejemplo en la

concesión de prórroga del plazo para la formación de inventario por el tutor (**art. 222-21**) y en los diferentes supuestos de nombramiento de defensor judicial (**arts. 224-1 a 224-3**, reiterados en sede de tutela, **art. 222-29**, y curatela, **art. 223-7**).

El **art. 233-24** introduce una norma aclaratoria que reconoce como causa de extinción del DERECHO DE USO ATRIBUIDO EN CASO DE NULIDAD, DIVORCIO O SEPARACIÓN al acuerdo entre los cónyuges y a la renuncia del cónyuge beneficiario.

En la regulación de las PRESUNCIONES DE FILIACIÓN, desaparece la hasta ahora contenida en el **art. 235-5.3**, según la cual si dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o a la nulidad había tenido lugar un nuevo matrimonio de la madre, se presumía que los nacidos después de la celebración de este matrimonio eran hijos del segundo marido.

En cuanto a la CAPACIDAD DE OBRAR, el **art. 211-3** incluye ahora un número 4 que establece que “la autoridad judicial debe pronunciarse expresamente sobre la capacidad para ejercer el derecho de sufragio cuando declare la modificación de la capacidad de una persona, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal y la de régimen electoral” (la sustitución del término “incapacidad” por el de “capacidad judicialmente modificada” se recoge también en el Libro Primero al referirse a la prescripción, **art. 121-16**).

Existen algunas modificaciones en el ámbito de la EMANCIPACIÓN, como son:

- la desaparición de la referencia a la emancipación por matrimonio, en línea con lo dispuesto en el art. 48 del CC tras la reforma operada por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Antes de dicha modificación, el art. 46 CC ya decía, como ahora, que “no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados”, pero el art 48 permitía contraerlo a los mayores de 14 años, si obtenían la dispensa judicial. Esta posibilidad desapareció con la reforma de la LJV. En consonancia con ello, el CCCat recoge ahora en el **art. 211-8** como únicas formas de emancipación el consentimiento de quienes ejercen la potestad parental o tutela y la resolución judicial. No obstante, a diferencia del CC (art. 314), sigue sin considerar “la mayor edad” como una forma de emancipación.

- De otra parte, se iguala la situación jurídica del menor emancipado que convive en pareja estable con la del menor casado -en ambos casos con persona plenamente capaz- de modo que, igual que ocurre en este último caso:

- a) No habrá que poner al mismo en curatela en caso de que los progenitores hayan muerto o quedado impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la ley (**art. 223-1.a**);

- b) El complemento de capacidad para los actos establecidos por el artículo 211-12 se puede obtener mediante la asistencia del conviviente mayor de edad (**art. 211-7**);

- c) La curatela impuesta al emancipado se extingue (**art. 233-9**) en caso de convivencia en pareja estable con una persona plenamente capaz.

En el **LIBRO CUARTO**, destacan la atribución al notario de la competencia para la adveración del TESTAMENTO OLÓGRAFO (**art. 421-17 a 421-19**) y sobre todo -por su marcado perfil cuasijurisdiccional- las que, compartidas con el LAJ, se le atribuyen en sede de ALBACEAZGO, que incluyen la apreciación de la justa causa en que se fundamente la excusa que para continuar en el cargo presente el albacea después de haber aceptado aquél (**art. 429-4.1**), la fijación de un plazo para el cumplimiento del encargo (**art. 429-13**) e incluso el nombramiento de albaceas dativos si no quedan albaceas testamentarios (**art. 429-15**).

Es importante también, para resolver las dudas planteadas en orden a la coordinación con la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la aclaración de la competencia notarial exclusiva para el trámite de “INTERPELLATIO IN IURE” (**art. 461-12**) y para la formación de inventario en la ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO (**art. 461-15**).

La obligación de los coherederos al saneamiento por vicios ocultos y evicción de los bienes adjudicados en la PARTICIÓN DE HERENCIA se sustituye (**art. 464-11**) por la garantía de conformidad, regulada en la compraventa en el Libro Sexto.

Esta misma sustitución se contiene en el **LIBRO QUINTO** al regular la RESPONSABILIDAD DEL DONANTE EN RELACIÓN A LOS BIENES DONADOS (**art. 531-13**) y de los COMUNEROS EN LA EXTINCIÓN DE DOMINIO (**art. 552-12**).

Otras modificaciones contenidas en este Libro Quinto son:

- La inclusión del DERECHO DE REDIMIR EN LA VENTA A CARTA DE GRACIA como uno de los derechos de adquisición voluntaria a que se refiere el **art. 568-1**, y la introducción de una nueva Sección (**arts 568-28 a 568-32**), a la que se incorpora el contenido de los arts. 326 a 328 de la Compilación, conteniendo la regulación de dicho derecho, en la que destaca la reducción de los plazos máximos para su ejercicio, que pasan a ser de 20 años en caso de inmuebles y 3 años en caso de muebles (30 y 6, respectivamente, en la Compilación). Pueden surgir ciertas dudas, en relación al ejercicio del derecho de redimir, a la hora de determinar quién es la persona obligada a consignar el precio en caso de existencia de cargas o gravámenes posteriores, o la auténtica eficacia, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, de la norma de resolución de “los arrendamientos notoriamente onerosos que haya realizado el propietario” (**art. 568-32**).

- La supresión de la segunda subasta en la ejecución del DERECHO DE RETENCIÓN, tanto de bienes muebles (**art. 569-7.3**) como de inmuebles (**art. 569-8.3**) y del DERECHO DE PRENDA (**art. 569-20.d**).

- La polémica introducción de un nuevo número 2 en el **art. 569-28**, relativo a la CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO, que establece que “El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula”.

La norma plantea importantes dudas, tanto en relación a su alcance (extensión o no a las cesiones de carteras de créditos; consideración o no de dicha notificación como requisito para la inscripción de la cesión) como en cuanto a su relación con la regulación de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales contenida en el CC, que podría considerarse no aplicable en Cataluña si se entiende que es una materia sometida a la nueva regulación de la compraventa.

El control de la titularidad real de las personas jurídicas: cosa veo, cosa quiero



José Alberto Marín Sánchez
Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña

El control de la titularidad real de personas jurídicas ha sido objeto en los últimos meses de una, a mi juicio, innecesaria y artificial polémica. En la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es fundamental saber quién tiene en cada momento exacto el control de todas y cada una de las personas jurídicas que pueden pretender crear opacidad a este respecto.

Esa polémica es innecesaria por cuanto **el sistema vigente funciona con un nivel de eficiencia más que aceptable** y artificial porque ha sido provocada por otro cuerpo de funcionarios, los registradores, a los que, como veremos, sólo de manera forzosísima podría encomendársele. Y todo ello con la inestimable e imprescindible ayuda ministerial mediante la publicación de una Orden propia de otros tiempos corporativistas.

Pedro Rincón, auténtico especialista en la materia, publica en este mismo número

un artículo demoledor en el que, desde un punto de vista fundamentalmente técnico, dinamita todos y cada uno de los argumentos que esgrimen los registradores para intentar atribuirse este control. En esta tribuna abordaré el **tema desde un punto de vista más político que técnico**.

Para tener una visión global del tema es necesario no olvidar los **antecedentes históricos más recientes**.

Estar al final de una segunda legislatura de mandato registral en las más altas instituciones del Estado sin obtener prácticamente ningún avance en su forma de prestar la función pone nerviosos a los registradores. La ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Registro Civil, la ley del Catastro y tantas otras no consiguen plasmar en sus textos el pretendido Superregistro, ese Gran Hermano en el que debían confluir todos los datos personales y patrimoniales de todos los ciudadanos. **La reacción de la**

ciudadanía, de los operadores jurídicos y de los demás partidos políticos impidió la creación del gran Registro Civil llevado por los registradores. Este hecho provocó no sólo frustración en sus filas sino también ansiedad por finalizar su mandato, que veían próximo, con algún éxito de cierta trascendencia.

Visto que las grandes estrategias no conseguían superar las críticas y la oposición de los operadores y grupos políticos decidieron volver al viejo estilo, la **legislación de "baja intensidad"**, al estilo Romanones pero sin ni siquiera con acuerdo del Consejo de Ministros como exigiría un reglamento. Ordenes Ministeriales e Instrucciones son dos instrumentos reguladores que no requieren pasar por el filtro de los no convencidos.

Pero había que ser cuidadoso y acertado con el objetivo. Quedaba poco tiempo y tampoco se podía errar.



La pregunta que se hicieron fue: ¿qué nos puede hacer casi imprescindibles en el tráfico jurídico societario? Y la respuesta fue obvia: el control de titularidades reales. Será un miniregistro comparado con el superregistro que querían imponer, pero ese miniregistro tendrá una trascendencia legal y social de tal calibre que justificará cualquier intento por conseguirlo.

El modus operandi es sencillo. Orden Ministerial. Se dicta la **OM JUS/319/2018** cuyo objeto es la regulación de la presentación de las cuentas anuales de las sociedades mercantiles y se incluye una nueva exigencia que consiste, ni más ni menos, en que al tiempo de presentar las cuentas ha de incluirse entre los documentos necesarios una declaración reponsable de los titulares reales de la entidad. Para evitar obstáculos ni siquiera se somete la norma a informe del Consejo General del Notariado que tiene conocimiento de ella prácticamente con su publicación en el BOE.

El objetivo es hacerse con una competencia que, en base a la normativa legal vigente, corresponde a los notarios. Y se hace de una forma burda, ineficiente y que puede poner en peligro la eficacia en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El segundo paso sería la obligatoria inscripción en el Registro Mercantil de las transmisiones de acciones y participaciones sociales, con el consiguiente coste transaccional y publicidad no querida por los inversores. En esta

línea se mueve otra norma reglamentaria, el proyecto de nuevo Reglamento de Registro Mercantil.

La referida Orden Ministerial ha sido recurrida por el Consejo General del Notariado como no podía ser de otra forma. Su ilegalidad parece obvia tal y como argumenta el CGN si bien los tribunales no han concedido la medida cautelar de suspensión solicitada. Por lo tanto es inevitable su aplicación en la inmediata presentación de cuentas.

El objetivo es hacerse con una competencia que, en base a la normativa legal vigente, corresponde a los notarios. Y se hace de una forma burda, ineficiente y que puede poner en peligro la eficacia en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Detrás de la publicación de esta OM ha venido una **intensa campaña mediática de desprestigio de la Base de Datos de Titularidad Real que lleva el Notariado** desde marzo de 2012 y que ha sido fundamental en la lucha contra el blanqueo de capitales estos últimos años con un nivel de eficacia altísimo. Resulta obvio el interés por eliminar una base eficiente y

actualizada al instante por otra incipiente y estática.

Pero la pregunta es: ¿y el **interés general de la sociedad?** ¿Se han preocupado de él o sólo de los propios intereses corporativos?

La respuesta parece también obvia. Por más argumentos que quieran dar los registradores van a chocar con una **realidad** que les persigue en cada reforma normativa que propugnan: **el notario es el que está presente a la hora de la verdad, el que documenta la operación en tiempo real, el que tiene delante a los otorgantes, el que ve los medios de pago, el que puede observar las circunstancias del otorgamiento. Esa inmediatez es vital en esta materia y la información al instante aún más.**

¿Es útil para la sociedad en su lucha contra el blanqueo de capitales sustituir la BDTR notarial por inscripciones registrales que tiene un coste mucho más elevado y tiene lugar bastante tiempo después del otorgamiento?

¿Es eficiente que se encargue de este control societario una institución por cuyas manos pasa sólo un porcentaje muy bajo de personas jurídicas? No olvidemos que fundaciones, asociaciones, cooperativas y otras muchas formas de persona jurídica no tienen ninguna relación con la institución registral.

¿Es necesario que se cree *ex novo* lo que ya está creado y funciona, y se cree sabiendo que su contenido va a ser sensiblemente más reducido y su actualización y rigor temporal incompatible con las exigencias de rigor de esta materia?

Al final hay que llegar a la conclusión de que **a los registradores les gusta mucho cómo actuamos los notarios, tanto que quieren hacer lo mismo que nosotros.** Cuando el Notariado fue consciente de la gravedad del problema de la lucha contra el blanqueo de capitales creó esta BDTR que ha recibido millones, sí, millones, de consultas y que ha sido de inestimable ayuda para los órganos jurisdiccionales, fuerzas de seguridad del Estado, Agencia Tributaria y Sepblac. Pero el camino no es triturar lo que funciona y querer implantar un sistema que inevitablemente va a ser menos eficiente. **El camino es buscar vías de colaboración para perfeccionar el existente.** Criticar la BDTR con la crudeza con la que se ha hecho

sólo favorece a los que están al margen de la ley que ven cómo dos instituciones que deben estar en primera línea colaborando con las autoridades se tiran los trastos a la cabeza y pierden energías. Los registradores tienen que asumir las bondades de la BDTR y estudiar cómo colaborar con ella y con el sistema existente y ello en base al diálogo. El hecho de haber privado al notariado de evacuar el trámite de informe del proyecto de orden ministerial es significativo.

El vigente sistema de seguridad jurídica preventiva en España, basado en notarios y registradores, es de los mejores del mundo sin ninguna duda. Evidentemente es mejorable pero cualquier progreso pasa por no alterar el status de cada función. Y hay actividades que sólo puede realizar el que está en la trinchera, no en la retaguardia.

La mayoría de notarios y registradores de Cataluña, y seguramente de España, coinciden en que el modelo básicamente es eficiente y que debe mantenerse la mejor relación entre ambas instituciones para conseguir beneficiar a la ciudadanía con un servicio aún más útil y con mayor valor añadido.

La lucha contra el blanqueo de capitales no puede ser un cuadrilátero en el que peleen los vigilantes jaleados por los vigilados. Hay muchísimo en juego. Por tanto sería importante que el nuevo equipo ministerial fuera consciente de esta realidad y adoptara las medidas necesarias para avanzar eficientemente. **Cada uno en su sitio pero colaborando por el interés general.** Al notario le corresponde formalizar y controlar la legalidad de los negocios jurídicos y facilitar la información de primera mano que tiene para que sea aprovechada por los demás organismos nacionales e internacionales en esta batalla contra la delincuencia organizada. Al registrador le corresponde también controlar la legalidad y dar publicidad a los negocios cuya inscripción registral está prevista en las leyes. Por ello resulta absurda esa pretensión de un sector registral de negar a los notarios el control de legalidad de los negocios en los que interviene pues ello solo beneficia al que pretende actuar al margen de la ley y más aún intentar sustituir una base de datos como la notarial por ese pretendido registro.

Por si esto fuera poco hay que añadir otro aspecto importante cual es el de la **pro-**



tección de datos. La BDTR es una base a la que sólo pueden acceder los “sujetos obligados” por la legislación de blanqueo (curiosamente los registradores no lo son) y las autoridades competentes. Esto, unido al carácter secreto del protocolo, permite que el empresario o inversor mantenga al anonimato y, al mismo, tiempo que se pueda conocer su control de la sociedad por quien legalmente necesita su conocimiento. En cambio los registros son públicos y cualquier persona, cualquiera, con un mínimo interés legítimo, que casi siempre existirá, podría conocer la composición accionarial de las compañías. Este hecho ha sido denunciado por importantes confederaciones de empresarios.

En resumen: zapatero a tus zapatos. Cada uno a los suyos y entre los dos a dar seguridad jurídica preventiva eficiente que es lo que necesita la sociedad.

De lo que habría que preocuparse realmente es de colaborar en el perfeccionamiento del sistema.

No estaría de más que se pusiera en marcha, por fin, el acceso directo de los notarios a la información registral, aunque fuera de una manera mediatizada, **y se desterrara ese instrumento difícil ya hasta de comprar que es el fax y que tanta inseguridad produce. Y tampoco estaría de más que se estableciera una estrategia para evitar que la ignorancia y euforia de los “blockchainers” pusiera en peligro un sistema que funciona y da seguridad a las inversiones.** No se trata de rechazar los avan-

ces técnicos sino de no caer en la trampa de pensar que uno de los dos operadores, notarios o registradores, podrían sobrevivir sin el otro aplicando esas nuevas tecnologías. Y podríamos añadir más **objetivos comunes.**

(...) hay que añadir otro aspecto importante cual es el de la **protección de datos.** La BDTR es una base a la que sólo pueden acceder los “sujetos obligados” por la legislación de blanqueo (curiosamente los registradores no lo son) y las autoridades competentes.

Pero volvamos a la cuestión que nos ocupa. Las Directivas comunitarias exigen la existencia de una base de datos o registro público garantizado la interconexión entre los distintos registros de cada Estado.

La BDTR cumple con todos los requisitos exigidos por esa normativa y permite su interoperabilidad y es gestionado y alimentado por sujetos obligados como son los notarios que actúan e informan en el mismo instante en que se produce el cambio de titularidad real. **Es necesario seguir mejorando el sistema pero evidentemente “este sistema”, la BDTR, y no otro que se crea desde cero y que en ningún caso va a tener ni la cantidad, ni la calidad ni la inmediatez que ofrece la base notarial.**

Inmigración e igualdad de derechos



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña

En menos de dos décadas Cataluña -y el conjunto de España- ha pasado de tener un índice de inmigración residual, de alrededor de un dos por ciento, a ser uno de los territorios con más inmigración de toda Europa, con cerca del catorce por ciento del total de la población. En esta última década el porcentaje se ha mantenido estable pero en la anterior el crecimiento fue espectacular, casi único en el mundo. Si bien no somos un país xenófobo o racista (no hay ningún partido político relevante que defienda esta ideología, y al fin y al cabo la clase política representa a la sociedad), **este crecimiento vertiginoso del fenómeno migratorio sí que ha provocado determinados problemas y un fuerte debate político y jurídico** en

nuestro país con la finalidad de tratar de dar respuestas a los nuevos retos.

La globalización y otros fenómenos como las guerras, la pobreza y el hambre, e incluso el cambio climático, acentuarán en el futuro cada vez más los movimientos migratorios. No hemos de olvidar que todos somos potencialmente inmigrantes, a menudo ayer lo era la generación de nuestros padres y hoy lo es la de nuestros hijos. Curiosamente la fuerte presión inmigratoria actual sólo se explica porque **el modelo europeo**, tan cuestionado desde dentro de la propia UE, **es percibido desde otros continentes como un modelo de prosperidad y libertad**. Es nadar un poco a contracorriente ahora, pero Europa sólo podrá avanzar con fuerza desde los valores

del humanismo, la solidaridad, los derechos humanos y el respeto al diferente. Un **objetivo clave** a medio plazo es **alcanzar el consenso político alrededor de una normativa común que regule, controle y racionalice la llegada de inmigrantes**, de otra parte inevitable, e incluso necesaria, como afirman los economistas, para contrarrestar la caída demográfica y mantener la viabilidad del admirado estado del bienestar europeo.

En los Estados Sociales y Democráticos el Derecho es un factor de integración y de cohesión, de garantía de igualdad y de protección de los derechos individuales de las personas, sin discriminaciones por razón de su origen, raza o religión. Los juristas podemos aportar mucho en el campo de

la inmigración: nos corresponde dejar al margen la legítima controversia política y ofrecer soluciones a los problemas concretos de las personas que se encuentran en nuestro país. En esta línea, los días 13, 14, 20 y 21 del pasado mes de marzo se celebraron unas **Jornadas sobre inmigración organizadas por el Colegio Notarial y la Fundación de los Notarios de Cataluña**, en las que se convocó a algunos de los más destacados representantes del mundo de las Universidades del conjunto del Estado, de la Administración, y de instituciones del tercer sector. Se analizaron las principales materias en el ámbito del derecho internacional público y privado. Temas de máxima actualidad como el derecho de asilo, la circulación de ciudadanos de terceros países dentro de la UE, la sustracción internacional de menores, el reglamento de sucesiones y el certificado sucesorio o los nuevos reglamentos comunitarios de régimen económico matrimonial y efectos matrimoniales de parejas registradas.

Las sesiones pusieron de relieve **algunas cuestiones no resueltas**, como la situación de desamparo y fracaso personal en que se encuentran los jóvenes inmigrantes huérfanos cuando alcanzan la mayoría de edad y se ven obligados a dejar la protección de las instituciones tutelares, o los problemas de los matrimonios homosexuales cuando se trasladan a vivir a terceros países de la misma UE que no reconocen estos matrimonios. El TJUE ha dado una primera respuesta a este último problema en virtud de la sentencia de 5 de junio de 2018, entendiendo que la Directiva 2004/38 CE que regula el ejercicio de la libre circulación dentro de la UE contiene un concepto neutro de "cónyuge", sin distinguir entre parejas heterosexuales u homosexuales a los efectos de la protección jurídica derivada de esta normativa. En este caso se trataba de una pareja homosexual de un ciudadano rumano y otro de EEUU, casados en Bruselas de acuerdo con la legislación belga que autoriza este matrimonio, pareja que después se quiso establecer en Rumania, que prohíbe el matrimonio homosexual. La sentencia, en el marco de la Directiva, obliga a este país a reconocer el derecho a la libre circulación y a conceder el permiso de residencia al ciudadano del tercer país.

En el campo de los principios y los valores inspiradores, una conclusión diáfana de los especialistas es que, en la medida que sea

posible legalmente, **es fundamental dar un trato igual al inmigrante establecido en nuestro país que al nacional**. El trato especial, incluso con voluntad de protección, acaba siendo discriminatorio. Constatado internacionalmente un cierto fracaso de los modelos comunitarista y multicultral, actualmente el consenso académico en nuestro país gira en torno a las **políticas interculturales**: más que de integración hay que hablar y trabajar en el diálogo, el contacto y la mezcla entre culturas y nacionalidades. Y una segunda gran recomendación se impone: es **imprescindible que, al margen de las políticas de las diferentes Administraciones, las instituciones de la sociedad civil se impliquen activamente** en actuaciones de responsabilidad social frente a un fenómeno que es capital en nuestra sociedad.

En Cataluña existe una impresionante red de entidades que desde hace bastantes años está trabajando de manera excelente en el campo de la inmigración. Instituciones como Caritas, Braval, Obra Social la Caixa o Acnur, y tantas y tantas otras, están concentrando grandes medios personales y materiales de forma altruista con resultados muy positivos. Igualmente la Fundación de los Notarios de Cataluña desde hace una década está llevando a cabo diferentes actuaciones de solidaridad y apoyo a los colectivos vulnerables en riesgo de exclusión social y de concesión de becas a opositores al título de notario con pocos recursos. También la Fundación Aequitas, del Consejo General del Notariado, tiene tras de sí una importante trayectoria dentro de este ámbito en el conjunto del Estado. Sin embargo es mucho lo que nos queda todavía por hacer y por avanzar: entre todos tenemos que seguir construyendo nuevos proyectos y sumando más energías desde nuestro tejido social y empresarial.

Hay una **interesante perspectiva notarial del fenómeno migratorio**, donde está muy presente y se proyecta con plena normalidad e igualdad de derechos. En Cataluña en el año 2017 se firmaron un total de 1.353.857 documentos notariales, de los que 132.171 correspondían a ciudadanos extranjeros de más de ciento cincuenta nacionalidades diferentes. Si lo comparamos con los documentos que se firmaron diez años antes, 81.083 de un total de 1.215.251, vemos que **la proporción de documentos firmados por ciudadanos extranjeros ha aumentado considerablemente**, pa-



sando en esta década de un 6'7% el año 2007 al actual 9'6%. En definitiva, teniendo en cuenta que, según datos del Instituto Catalán de Estadística, la proporción de ciudadanos extranjeros es prácticamente la misma que hace diez años, cabe concluir que **el notario está cada vez más presente en los actos jurídicos de las personas extranjeras**. El CGN podría dar sin duda unas estadísticas generales muy similares en términos porcentuales a las que aquí se indican.

El aumento de la presencia de los nacionales extranjeros en las notarías catalanas y españolas **es una muestra más de su integración creciente en el día a día de la actividad jurídica y económica de nuestra sociedad**, hecho que comporta que requieran cada vez con más frecuencia, tanto en su vida privada como en su actividad profesional, de la prestación del servicio público notarial y de la seguridad jurídica que ofrecemos los notarios a todos los ciudadanos. **En un mundo globalizado**, en que cada vez hay más movilidad internacional de personas, familias y empresas y, como efecto ineludible, una progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas y un incremento exponencial de su complejidad técnica, **el control de legalidad, el consentimiento informado y el asesoramiento reequilibrador que aseguran los notarios son fundamentales para garantizar los derechos y la igualdad de todos los ciudadanos**.

A portrait of Marina del Corral Téllez, a woman with light brown hair, smiling. She is wearing a grey blazer over a black top and a necklace with a circular pendant. The background features the Spanish flag on the left and the European Union flag on the right.

“Para adaptarnos a los tiempos, hay que suprimir barreras administrativas innecesarias”

Marina del Corral Téllez

Secretaria General de Inmigración y Emigración (*).
Ministerio de Empleo y Seguridad Social

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Fanny Ruffet

Marina del Corral Téllez (Vélez-Málaga, 1964) se licenció en Derecho en la Universidad de Granada en 1987, y posteriormente cursó un máster en Comunidades Europeas por la UPM (1988), formación que completó con un Programa de Graduado en Management y Administración de Fundaciones y ONGs en la New York University, en 2003. Inició su carrera profesional como responsable jurídica en una ONG que atendía a la integración de la población latinoamericana en España. A ello siguieron unos años en el despacho de abogados Cuatrecasas, en las oficinas de Bruselas y Barcelona, a los que siguió la Dirección de los Servicios Jurídicos en España de la multinacional farmacéutica Sanofi-Aventis.

Desde enero de 2012 es Secretaria General de Inmigración y Emigración, dependiendo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Además, es Vicepresidenta Primera del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior, y Presidenta de la Comisión Laboral tripartita de Inmigración, de la Comisión Interministerial de Extranjería y del Observatorio Permanente de la Inmigración.

(*) Cesa en el cargo según RD 522/2018, de 18 de junio.



P: Usted se licenció en Derecho y posteriormente cursó un máster en Comunidades Europeas (UPM). Su interés y vinculación por el derecho de la Unión Europea y el ámbito de la Migración se inicia ya en aquella época. ¿Podríamos decir que convirtió su vocación en su profesión?

R: Yo realmente tenía una vocación algo orientada, primero, hacia Europa, en un momento en que España acababa de entrar en la Comunidad Europea, en 1986. Mi promoción fue la primera que estudió el IVA, todavía no implantado en España, y no estudiamos derecho europeo, que creía necesario para completar mi formación. Hice un máster en comunidades europeas, en la Universidad Politécnica de Madrid, dirigido por Lamo de Espinosa, y estudié el derecho europeo que hoy se estudia en la universidad - política agrícola, energética, las instituciones o derecho de la competencia -. Mientras lo estudiaba, coincidí con gente de Sudamérica que estudiaba en España, y me invitaron a formar parte de una ONG que ayudaba a personas, básicamente de Latinoamérica, a obtener los papeles para regularizar su situación en España: obtener el permiso de residencia o de trabajo, o a hacer la reagrupación. Me involucré mucho con la ley de extranjería y con las personas. De alguna manera ahí empecé a prestar servicios jurídicos a personas inmigradas en España.

Con la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización abrimos un campo para agilizar y suprimir barreras administrativas innecesarias a las personas que vienen a invertir, emprender, estudiar o investigar.

P: Posteriormente se fue a Bruselas...

R: Sí, me dieron una beca de la Comisión Europea para hacer prácticas en una empresa española, en Cuatrecasas. Allí trabajé y aprendí muchísimo, tuve mucha relación con las instituciones europeas, y esa etapa duró tres años. Continué vinculada a esta empresa, ya en Barcelona, un año más y después un grupo



nos fuimos a prestar servicios jurídicos a un cliente. Ocupé la dirección jurídica del grupo Sanofi en España, donde continué vinculada a todo lo que había aprendido en Europa, en distintos sectores del mundo internacional. El pasar del asesoramiento jurídico como prestador de servicios, a ser cliente de esos mismos servicios, es otra faceta muy interesante porque te das cuenta de que centras mucho mejor los servicios que necesitas. Tu cliente pasa a ser exclusivo, es el grupo de empresas para el que trabajas, y tienes trato con lo que es el operacional, la parte industrial, cosa que no sucede desde un despacho. Teníamos fábricas de bioindustrias, de productos farmacéuticos, de materia prima para estos productos, empresas en el sector de la belleza al más alto nivel... Así intervine en muchas operaciones importantes de reestructuración del grupo a nivel mundial. Posteriormente hice un paréntesis, me fui a Estados Unidos, donde no tuve una vinculación extensa con ninguna organización, y estudié management y dirección y gestión de fundaciones y Organizaciones No Gubernamentales en la New York University, donde tuve contacto con personas y grandes instituciones en el mundo de la filantropía. Ahí empecé a vincularme, sobre todo, con el mundo de la filantropía, y vi que también se podían prestar servicios jurídicos a este tipo de organizaciones. Así fui desarrollando ese cambio de perfil de

asesorar a otro tipo de organizaciones, que trabajan más en el ámbito social y filantrópico.

P: Hasta que en 2012 llega a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. ¿Qué objetivo cumplido y qué reto pendiente destacaría? ¿Cuáles son las prioridades actualmente?

R: Me lo propuso la ministra, convencida de mi vocación de ayudar y hacer algo por la sociedad, y acepté el cargo, de lo que no me arrepiento en absoluto porque el campo es inmenso en el desarrollo profesional. El primer objetivo cumplido fue tener que reducir el nivel de estructura y, sin embargo, haber logrado mantener absolutamente todos los servicios prestados y haber creado un ambiente familiar de trabajo. Promovemos mucho la conciliación personal y el que somos un equipo. Por suerte a lo largo de mi carrera nunca he tenido una jerarquía absolutamente marcada e insalvable, siempre hemos sido todos un equipo y esto lo hemos trasladado aquí con éxito. Otro de los objetivos cumplidos es que hemos agilizado mucho los procedimientos internos: los oficios se hacen cuando formalmente se requieren, pero hemos evolucionado mucho y procuramos hacer el menos papel posible y



Entrevista

usar las tecnologías, siendo más eficaces. Espero que dentro de poco todos los procedimientos en materia de extranjería, de solicitudes, etc. sean telemáticos, lo que será una ventaja para el administrado, de modo que solo nos visite presencialmente cuando sea necesario. Se trata de acelerar y agilizar los procedimientos y lo hemos conseguido. Estos son retos y objetivos a nivel de funcionamiento.

Como comentaba, hemos tenido el reto de tener menos presupuesto, tanto en materia de inmigración como de emigración, cuando ha habido un incremento muy importante de personas extranjeras que venían a España y que tenían necesidades, de potenciales solicitantes de protección internacional o de asilo. Esto ha sucedido en toda Europa, y España ha participado activamente en las decisiones que se han adoptado a nivel europeo ante este reto, además coincidiendo en una época de crisis en nuestro país muy importante.

P: ¿Qué intervención hemos tenido en Europa?

R: Nuestra participación creo que ha sido determinante en muchos casos, gracias a la experiencia previa que teníamos. España es país frontera con el continente africano, además tenemos fronteras terrestres, y hemos tenido experiencia en años anteriores con cierta presión migratoria, con un volumen de inmigración importante, y lo hemos sol-

ventado bien. De aquí nuestra experiencia en cómo abordarlo, que es la que hemos trasladado. Hemos insistido mucho a Europa en la necesidad de trabajar en la causa profunda de la inmigración, de cooperar en los países de origen, de dar una dimensión exterior al fenómeno migratorio, involucrando la cooperación al desarrollo. Les hemos trasladado que no era suficiente con el control de fronteras y la lucha contra las mafias. Nosotros mantenemos mucha relación con los países más cercanos a España y de los que recibimos personas inmigrantes, como Marruecos, que no solo envía inmigrantes, sino que también es país de tránsito de destino, un país que tiene un papel muy interesante en África. España ha jugado un papel muy importante en las decisiones que se han tomado basadas, sobre todo, en la responsabilidad y la solidaridad con otros países, tanto de dentro como de fuera de Europa, en los programas de reubicación. España siempre ha sido solidaria.

Otra cuestión interesante es que hemos promovido la transversalidad. Trabajamos mucho con otros ministerios, porque hay asuntos en tema migratorio en los que no damos un solo paso si no vamos de la mano del Ministerio de Interior, de Asuntos Exteriores, Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad o Economía y Competitividad. Porque aunque el foco actual está en las personas que necesitan una asistencia especial y específica, y todo el mundo piensa en emigraciones y refugiados, las migraciones son un fenómeno mucho más amplio.

P: ¿Cuáles son los principales datos en migraciones?

R: Según los datos de la Organización Internacional de Migraciones hay más de 250 millones de personas que residen fuera de su país de nacimiento. Dentro de estos, según datos del Alto Comisionado de Naciones Unidas, unos 65 millones son desplazados forzados, que han dejado su país por alguna razón forzada. Y dentro de estos, 25 millones son refugiados. Es verdad que el foco de atención está en estos, pero desde la Secretaría nos ocupamos de todo.

P: ¿Cuál es la radiografía actual de la Inmigración en nuestro país?

R: España tiene hoy más de 5 millones de extranjeros. De estos, más de la mitad son ciudadanos de la UE. Me gusta subrayar que muchos están ejerciendo la libre circulación, como cuando van a una reunión a otro país europeo. Yo creo en la libre circulación, soy muy europeísta, y en la Unión Europea y el espacio comunitario europeo nos hemos dotado de unos principios fundamentales, cada país tiene su régimen y estamos armonizando cada vez más nuestro ordenamiento jurídico. Hay perfiles muy distintos, no todos son jubilados. La mayor parte de las personas europeas que residen en España son rumanos y británicos, estos con una media de edad por encima de los 50 años, pero no en los 65. Y no contamos a las numerosas parejas mixtas que tenemos, formadas por españoles y británicos, ni a los niños; de hecho, llama la atención que no haya niños en los registros extranjeros, pero es que son también españoles. Las nacionalidades mayoritarias son, en primer lugar, rumanos, de los que hay cerca de un millón. Luego marroquíes - unas 900 mil personas -, británicos, alemanes, franceses e italianos -en este caso, probablemente muchos son argentinos que tienen doble nacionalidad. No tenemos estadística de los que han venido y se han quedado, por ejemplo, a raíz de un Erasmus. España es uno de los destinos de Erasmus más cotizados para los europeos y también de Erasmus plus, para no europeos. Muchos se quedan porque cuando una persona se va a un país extranjero en una edad en que también tiene un desarrollo personal, el riesgo de que permanezca en ese país es importante. También hay





muchos de Ecuador. Hay que tener en cuenta que, por principio general, la nacionalidad española se adquiere con 10 años de residencia continuada, pero en el caso de Iberoamérica solo son necesarios 2 años. Por lo que cuando tras 2 años solicitan la nacionalidad española y se la conceden, ya no constan en el registro de extranjeros.

P: ¿Y cuál es su perfil de cualificación profesional? ¿Y el de los españoles inmigrantes?

R: En cuanto a la cualificación profesional, no tenemos un registro ni de los que entran ni de los que se van. En el caso de las personas que salen de España, en que es obligatoria la inscripción consular, es voluntario el decir qué cualificación tienes. Solo tenemos seguimiento vía encuestas. Yo creo mucho en todo lo bueno que te puede aportar una movilidad internacional, en ir a buscar una nueva oportunidad, y espero que la hayan encontrado en otro país. Otros, desafortunadamente, no habrán tenido tanta suerte. Pero en líneas generales creo que el balance es positivo.

En cuanto a los españoles inmigrantes, poco más de 800 mil están en Europa, la mayoría en Francia, Alemania e Inglaterra. Y donde mayor número de españoles hay es en América Latina, sobretudo en Argentina, donde superamos los 400 mil, seguido de México, Uruguay y Venezuela.

P: ¿Cuál es el saldo migratorio actualmente?

R: El saldo migratorio hoy de inmigración es positivo, es decir, hay más personas que entran en el país que las que salen. España siempre había tenido saldo positivo hasta 2009, que fue negativo, época de mayor crisis. Desde 2016 vuelve a ser positivo, con un saldo de más de 70 mil personas. Dentro de este saldo, hay que distinguir el saldo migratorio de españoles nacidos en España - porque hay muchos españoles que han nacido en Latinoamérica, han vuelto allí pero siguen siendo españoles. Este todavía es negativo, hablamos de unas 20 mil personas, pero nunca ha sido muy elevado. Algunas han salido a estudiar, otras porque no han encontrado absolutamente ni una posibilidad de trabajar aquí en España, y otros para emprender. Son un tercio aproximadamente del total. Tenemos formalmente fuera 2'5 millones aproximadamente de residentes españoles, es decir, personas que residen fuera y están inscritas en los consulados españoles. Quizás hay más, pero normalmente si una persona tiene un proyecto de vida en el exterior termina teniendo una relación con el consulado inscribiéndose, porque lo necesita para la renovación de documentos, la inscripción de hijos, etc. Las embajadas y consulados no están para controlar al español sino para ayudarlo, son un trocito de la Administración allí, que continua prestando servicios.

P: Uno de los aspectos fundamentales en el ámbito de su Secretaría, que ha remarcado en numerosas ocasiones, es la necesidad de cooperación con otros países. ¿Cuál es la hoja de ruta?

R: El número de desplazados forzados, y dentro de estos, el número de refugiados tiene como causa fundamental un desequilibrio importante geopolítico en muchas regiones del mundo. Hay una consciencia mundial que llevó a todos los jefes de Estado y de Gobierno a fijar una reunión en 2016, en Nueva York, en la que decidieron que se iba a desarrollar un Pacto global en materia de migraciones y un Pacto global en materia de refugiados. El de migraciones parte del principio - y yo soy muy defensora de ello - de que las migraciones son buenas, positivas, contribuyen al desarrollo social, económico y cultural de los países de origen y de destino, y eventualmente también de los países de tránsito. De los países de origen porque se

envían remesas, que son tres veces superiores a toda la ayuda al desarrollo mundial. Es decir, es muy superior lo que envían los propios emigrantes a sus países de origen, donde mantienen a sus familias allí y que a su vez permiten el desarrollo en esos países, lo cual es fundamental en las migraciones. En el país de destino, tenemos personas que contribuyen a mantener el estado del bienestar, a través de impuestos sobre el consumo, de impuestos sobre rendimientos del trabajo, o de capital - si emprenden-. Es una contribución directa y no solo pagando los impuestos sino con consumo, y a través del trabajo también contribuyen a la seguridad social. Además, en ambos sentidos también están las remesas inteligentes, el hecho de que esa circulación de personas enriquece: se comparten culturas, formas de actuar y de ver las cosas que tenemos en distintas sociedades y con distintas preferencias, distintas razas, religiones, tradiciones, culturas... y esa diversidad enriquece. En el año 2001 la UNESCO declaró la diversidad cultural como patrimonio intangible de la humanidad. En resumen, el Pacto de migraciones parte de que las migraciones son positivas. A partir de ahí existe un compromiso de la comunidad internacional de trabajar esta narrativa positiva. Poniendo el foco en las personas con más carencias, que no podemos olvidar, tenemos que ayudar al desarrollo de los países y luchar contra las mafias para buscar vías legales migratorias.

El Pacto Global sobre migraciones parte del principio de que las migraciones son buenas, positivas y contribuyen al desarrollo social, económico y cultural de los países de origen y destino.

P: ¿Y el pacto global para los refugiados?

R: A nivel de refugiados hay un pacto porque no se ha querido mezclar a las personas que emigran, que pueden regresar a su país sin que su vida corra peligro, con los refugiados, que huyen del país y, si regresan, sus vidas y las de su familia pueden correr peligro. Y este pacto también apela a la conciencia social y de toda la comunidad internacional basándonos en el principio de la solidaridad y responsabili-



Entrevista



dad, para que nos hagamos cargo de un número de personas que necesitan refugio. En eso trabaja la comunidad internacional. España ha contribuido siempre activamente, de hecho hemos sido centro de consultas y hemos participado todas las instituciones, académicos, sociedad civil, etc. haciendo un brain storming para hablar sobre qué debe y qué no debe aparecer en ambos pactos. El de refugiados lo lidera el Alto Comisionado de Naciones Unidas para la ayuda a refugiados, ACNUR, y el otro lo lidera la Organización Internacional de Migraciones, otra agencia de Naciones Unidas.

La falta de documentación para hacer transacciones es un problema, y los notarios tendréis que ser creativos en admitir o resolver esta falta de documentación. Hay campo a recorrer en suplir esa falta de continuidad de los documentos.

P: ¿Cómo valora la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización?

R: Es una de las cuestiones que hemos impulsado con más ganas, en cuanto a producción normativa. Uno de los capítulos de la ley 14/2013, de emprendedores y su internacionalización, fue impulsado por

esta secretaría general, junto con varios ministerios. Nuestra aportación fue en el ámbito de la movilidad internacional de determinadas figuras. Aquí abrimos un campo para agilizar y, sobre todo suprimir, en apenas 13 artículos, barreras administrativas innecesarias a las personas que vienen a invertir, emprender, investigar, hacer cursos de postgrado... personas altamente cualificadas muchas veces desplazadas por las propias empresas. Dentro de las migraciones, esta norma introduce un elemento de competitividad, incluso para nuestras propias empresas, ayudando a su internacionalización. De hecho, hay compañías españolas que son líderes en su sector mundialmente: en sistemas de navegación aérea, en el textil, etc. Y estas empresas también necesitan un apoyo para la internacionalización que están liderando, y que al final va en beneficio del país. Necesitan que sus empleados vayan pasando por distintos países, distintos departamentos para que se formen, y cuando toca España, esto lo facilitamos con esta ley porque eliminamos barreras administrativas innecesarias. Cada vez más las empresas españolas tienen proyectos, y luego buscan a los mejores para desarrollarlos, sin mirar su nacionalidad. Hemos escuchado a muchos actores y sus necesidades, hemos sumado sentido común y lo hemos resumido. Es una ley de la que estoy muy satisfecha.

P: Recientemente se presentó en el Congreso la propuesta de presupuestos generales del Estado. Para la Se-

cretaría son 380,49 millones de euros en 2018, y se incrementa un 1,9% respecto a 2017. En 2016 fueron 185,2 millones de euros. Esto supone que se ha doblado el presupuesto en dos años. ¿Cuál es el motivo principal que explica el aumento de esta cifra?

R: El presupuesto se incrementó, sobre todo, en la partida de acogida a los refugiados, porque el Gobierno tiene la obligación internacional de dar protección a las personas que cumplen una serie de requisitos; les tiene que ofrecer unos estándares mínimos de acogida. Y como he dicho antes, nosotros hemos participado en una serie de decisiones europeas adoptadas específicamente sobre la acogida. En este ejercicio de responsabilidad y solidaridad, España decidió incrementar sustancialmente su presupuesto. En 2014 el presupuesto apenas llegaba a los 9 millones, lo que supone a día de hoy que ha aumentado más de un 1000%. En 2016 España recibió más de 23.000 solicitudes de protección internacional; pero en 2017 fueron 38.000 – aquí van incluidos las solicitudes de apátridas y de los expedientes de Dublín. Este Reglamento es del que nos hemos dotado en el régimen europeo para tener un sistema común de asilo, y establece que el primer país de entrada de una persona que pide protección internacional es el país responsable de dar esa protección. De manera que si esa persona, por alguna razón, sigue camino – dado que estamos en espacio Schengen – ya que no quiere permanecer en España y se va a otro país europeo, ese otro país puede decirle que, por el hecho de haber entrado por España, es España quien debe ofrecerle las condiciones de acogida. Se trata de una directiva de acogida en que establecimos estándares mínimos que, a su vez, responden a los estándares internacionales. En 2018 el ritmo de llegada de refugiados incluso será un poco superior al del año pasado, incluyendo a las personas que piden asilo en suelo español, las que vienen reubicadas desde Grecia e Italia, que son los países en los que hemos reubicado – y estamos reubicando todavía, a pesar de haber cesado la decisión, en concreto, que estableció ese compromiso–, y el reasentamiento, que son las personas que solicitan protección internacional, refugiados que se encuentran en campos de refugiados en países fuera de la Unión, adyacentes normalmente a zonas de conflicto. Nosotros hemos reasentado a personas desde Jordania, Líbano y Turquía, y cada año establecemos un programa de



reasentamiento, el actual aprobado en el Consejo de Ministros en 2017 para los ejercicios 2018- 2020. Este año debemos reasentar a 1.000 personas.

P: ¿Por qué no se han cumplido las cifras de acogida? ¿Ha faltado colaboración?

R: Ha habido una colaboración absoluta de todas las CCAA y los municipios, todos han querido colaborar en la acogida. Es verdad que ha habido mucha frustración, que muchos se preguntan ¿por qué no vienen más? Pero no podemos decidir sobre los que llegan y piden asilo aquí, y los que traemos de fuera vienen en la medida en que la logística del país desde el que los traemos y todos los actores que intervienen, que son muchos, lo permite. Se habían creado muchas expectativas en cuanto a las reubicaciones, creíamos que íbamos a reunir a muchas personas, y lo cierto es que han sido muchas menos. Todavía tenemos unas 1.100 personas en proceso, que hemos pedido que vinieran hace más de un año. Todo es muy complejo. Cuando se tomaron las decisiones sobre el papel fuimos muy voluntariosos, queríamos ayudar, sobre todo, a descongestionar la presión que estaba sufriendo la zona del Mediterráneo oriental que estaba más congestionada, Grecia e Italia, sobre todo Italia - que tiene como vecina a Libia, donde hay dos gobiernos y no se sabe cuál manda, y tiene una presión migratoria muy alta - y un poco menos Grecia, aunque los flujos se van moviendo. Dentro del principio de solidaridad y de responsabilidad en torno al resto de europeos, hubo una voluntad de ayudar a nivel europeo, y de manera excepcional nos saltamos lo que establece el Reglamento de Dublín para decidir distribuir entre otros países a quienes habían entrado en Grecia e Italia. Ese ejercicio se ha demostrado muy poco eficaz, primero, porque las decisiones contaban con unas estructuras que no existían, y Grecia e Italia tuvieron primero que construirlas. Y luego, porque dijeron que los estados podíamos ir en misiones al lugar, a controlar esa logística, pero en la práctica Grecia e Italia no tenían ni dónde alojar a los expertos que iban a ayudar.

P: ¿Cuáles eran las cifras de reubicaciones previstas? ¿Y cuál es la realidad?

R: España tenía un compromiso de reubicar desde Grecia e Italia a 9.323 personas, y por ahora se llevan reubicadas algo más de 1.350, acabaremos reubicando a 2.500. En todo caso, somos el noveno país en toda Europa en cifras de reubicación efectiva, no estamos en la cola. De hecho, en todos los países europeos se han efectuado desde Grecia e Italia 34.613 reubicaciones efectivas, de un total previsto de 98.255 personas. Insisto, es muy complicado. Después de un año les parecía fenomenal que desde Grecia pudieran ir enviando a 200 personas a la semana, y así es muy difícil. Es verdad que nuestro sistema nacional de asilo ha funcionado, pero nosotros habíamos preparado 200 millones de golpe para toda esta llegada de personas que tenían que venir, sin pensar en las que vendrían para pedir asilo por su propio pie. Ahora lo que vemos es que prima el que viene y solicita asilo, el que entra en territorio español por su propio pie, más que el reubicado. En el tema de reasentamiento hemos cumplido con los compromisos adquiridos, que era de 1.499 personas. Otro aspecto que dificulta la logística es que estamos hablando de personas, y algunas al final deciden que se bajan del autobús que va a la terminal o de la terminal al avión, son cosas que pasan. O que mandamos misiones de reasentamiento al Líbano, se entrevistan a 700 personas, aceptan venir 500 y acaban viniendo 300. Y esto frustra tanto al que espera como al que lo gestiona.

La agilidad que ofrece la red de notarios puede ser muy útil en temas de reagrupación, de facilitación de documentación para extranjeros, las actas...

P: Tras la acogida, viene la integración. ¿Cuál es el proceso?

R: Cuando llegan, no todos tienen el mismo grado de necesidades, sin embargo, con carácter general hemos fijado un proceso de acogida en varias fases. Pueden solicitar refugio en muy distintos puntos de España, en comisarías de policía

o en alguna oficina de extranjería, cuando no hay una comisaría. También hay la oficina de asilo, en Madrid. Esto hace que a veces la incorporación de esa persona en el sistema nacional de acogida no sea automática. Normalmente los principios para acoger atienden a necesidades específicas de la persona: el perfil, si tiene familia, etc. y se busca el recurso más adecuado en función de ello y de la disponibilidad de plazas. La primera fase del sistema nacional de acogida se hace en un mix de centros específicamente gestionados por la Administración general del Estado. Estos son los centros de ayuda a los refugiados, que se conocen como CAR, y tenemos cuatro: uno en Valencia, uno en Sevilla y dos en Madrid. Y luego se compone de una red tanto de centros como de alojamientos que están gestionados por Organizaciones No Gubernamentales financiadas por la Administración. Esto permite una redimensión del sistema, y ajustarnos en caso de un incremento inesperado del volumen. De hecho, no tenemos un presupuesto previsto para abrir otros centros de refugiados, aunque tampoco se descarta, porque hoy por hoy realmente nos sirve el sistema que tenemos, ya que nos otorga una flexibilidad importante: si necesitamos más plazas, las buscamos, las contratamos y las proveemos, gracias a que las ONGs contratan apartamentos, o los alquilan, con determinadas zonas para poder atenderles, ya que es muy importante el acompañamiento. En esta primera fase están muy acompañados, muy atendidos, en los centros de la Administración 24 horas, 365 días al año, lo que hace que allí vayan sobre todo los más vulnerables. Allí están entre 6 y 9 meses, en función de las necesidades. Se les facilita la conexión con los servicios generales que prestan las comunidades autónomas o los ayuntamientos. Hay que recordar que cuando una persona tiene el estatuto de asilo o es solicitante de protección internacional tiene los mismos derechos a los servicios que prestan las CCAA, en función de sus competencias, que todos los ciudadanos. Son ellos quienes se ocupan del empadronamiento, de su escolarización si la necesitan, de la educación de adultos, de la sanidad... que no son distintas a las que se prestan a cualquier familia que se instale de pronto en su territorio. En una segunda fase pasan de esos centros a vivir de manera autónoma, si bien todavía tienen un acompañamiento importante.



P: ¿Qué debe mejorar en el proceso de integración?

R: Un inmigrante se asocia a menudo a un pobre de solemnidad, así como un refugiado a un sirio- aunque la nacionalidad principal que ha solicitado asilo en España en 2017 fueron venezolanos, por delante de sirios y ucranianos. Predomina la visión de las ONGs, pero también puedes ser refugiado o inmigrante y tener un problema de tráfico jurídico normal y corriente. No puede ser que muchas, con buena voluntad, independientemente de la formación que tienen, les hagan hacer un curso de lo que sea. Un caso verídico: a una inmigrante licenciada en Artes, se le daba un curso de empleada del hogar. ¿Por qué no intentamos que esta persona haga de guía en un museo? Hablaba inglés, árabe y, si le damos unas nociones de español, puede trabajar en un museo. A mí me gustaría mejorar todos esos procesos de integración. Voy a llamar a todas las CCAA para que participemos en conjunto. Si yo estuviera en el sector privado, lo haría de otra manera, hay muchos problemas de procedimientos, y mi obsesión es agilizar los procesos.

P: ¿Cómo puede colaborar el Notariado en el ámbito migratorio?

R: Nosotros apelamos y contamos siempre con el sector privado. Hay muchas personas que tienen problemas de documentación, ya que casi todos han sa-

lido de su casa con lo puesto. Creo que los notarios tendrán un papel importante para constatar y dar fe de que los documentos sean los que deben ser. Tienen que construir sus vidas en España, y todos tenemos que ayudar. Imaginaos una persona que llega como refugiado, que ha estudiado arquitectura y no puede demostrarlo salvo que demuestre que sabe cálculo, diseño, etc., que está por ver cómo se puede demostrar. O que ha estudiado, tiene dinero, quiere invertir, y resulta que solo tiene una tarjeta roja que dice que es solicitante de asilo. La tarjeta roja la damos en el Ministerio del Interior, pero no es una tarjeta identificativa de la persona, ni siquiera es un título de viaje, con esto pueden hacer muy poco. No pueden emprender y pueden trabajar al cabo de 6 meses pero no antes. Cuando les dan la tarjeta les quitan el pasaporte, si es que lo tienen, porque se presume que un refugiado no puede regresar a su país, y tampoco puede viajar por el resto del mundo. Las administraciones locales y regionales se han portado fenomenal, aunque todavía algunos ponen piedras para que se empadronen. La falta de documentación para hacer transacciones es un problema, y aquí los notarios tendréis que ser creativos en admitir o resolver esta falta de documentación. Hay campo a recorrer en suplir esa falta de continuidad de los documentos. Otro tema: los hijos, más allá de las pruebas de paternidad. Van a intentar la reagrupación, pero han de tener documentación. Por lo demás, todo son temas comunes a refugiados y a extranjeros, como en el caso de alguien que quiere ad-

quirir una vivienda, y no tiene pasaporte, por ejemplo.

Una de las tareas principales en la integración es la transmisión de nuestros valores, que son la igualdad, la justicia, el estado democrático, de derecho, las libertades. Y esto se traduce en leyes.

P: El Notariado acordó, en 2013, con el Ministerio de Justicia la colaboración en materia de obtención de la nacionalidad española, realizando las actas de juramento o promesa de los expedientes de nacionalidad por residencia para descolapsar a la Administración. También desde octubre de 2015, y por 3 años, los sefardíes de origen español pueden solicitar a los notarios el Acta de Notoriedad que acredite dicha condición, como paso previo para gestionar la nacionalización española. ¿Qué aporta la intervención notarial?

R: Se trata de expedientes que eran una carga más para la Justicia. Para adaptarnos a los tiempos, hay que suprimir barreras administrativas innecesarias. En temas de nacionalidad, tenemos un acuerdo con la Dirección General de los Registros y del Notariado para que utilicen nuestra aplicación de extranjería. Hemos avanzado mucho y tenemos datos que nos permiten saber cuánto tiempo lleva una persona residiendo en España, si la residencia ha sido continuada o no, etc. El avance telemático, y más en cuestiones de nacionalidad, es difícil porque había una bola de nieve y se tenía que descongestionar. Los temas telemáticos están precisamente orientados a que no se creen esas bolas de nieve, que es lo que sucede cuando hay un problema, la persona en ventanilla no tiene la capacidad de resolverlo, lo mete en un cajón y se convierte en el primer copo de la bola de nieve. La agilidad que ofrece la red de notarios puede ser muy útil en temas de reagrupación, de facilitación de documentación para extranjeros, las actas... También las apostillas son necesarias, pero cada vez se tiende más a que haya manifestaciones de voluntad, a que se hagan declaraciones responsables ante un fedatario público. Nosotros las



hemos incluido en la transposición de una directiva de estudiantes e investigadores que estamos trabajando. Está en curso un proyecto de ley, y la directiva traspone que demos un plazo de permanencia, estadía o de residencia a los investigadores y a los estudiantes una vez hayan terminado su actividad, para que puedan encontrar trabajo, o para emprender. Mi idea, en principio, es que simplifiquemos al máximo, y que con la solicitud de entrada del permiso para investigar o estudiar, en una casilla extra establezcan si luego querrán el permiso extraordinario de residencia. Así evitas que al cabo de un año de terminar el estudio tengan que volver otra vez a la Administración. Esta es la filosofía general: que no hagamos que vayan varias veces a la Administración, con el mismo documento.

P: ¿Cuáles son los principios básicos de la justicia, para la integración en el ámbito migratorio?

R: El Estado de Derecho y el principio de legalidad son básicos, y una de las cuestiones que impregnan cualquier tarea de integración es precisamente que apren-

dan, sepan y conozcan que esto es así. Muchas personas vienen de países en los que no existe Estado de Derecho, ni principio de legalidad ni de justicia, o que estos son *sui generis*. Por ello una de las tareas principales en la integración es la transmisión de nuestros valores, de los valores occidentales, que son comunes a toda la Unión Europea y extensivos al mundo occidental, que están establecidos y son la igualdad, la justicia, el estado democrático de derecho, las libertades... Y eso se traduce en leyes. Al final, principios o libertades que a lo mejor incluso en nuestro país eran tabú años atrás, hoy no lo son porque hay una ley que los ha levantado. Con lo cual, la traducción de los valores está en las leyes, que son comunes, y tenemos que transmitir y hacer que todo el mundo las respete y acepte. En términos británicos sería el concepto *to embrace values*, aceptar como suyos esos valores. No han de renunciar a sus tradiciones, a su cultura, siempre y cuando no contravengan esos valores que son comunes. Yo soy muy prodiversidad, muy favorable a la movilidad, pero si no conseguimos que los valores se mantengan comunes, y dejan de serlo, tendremos un problema de convivencia, y eso es fundamental.

P: ¿La justicia es igual para todos?

R: La justicia es igual para unos que para otros, igual para mí que para el inmigrante que ha llegado. En España no existe diferencia en el trato, no hay diferencias en derechos, el migrante no tiene más ni menos. Quizás tendrían una obligación adicional, que es que se tienen que querer integrar, pero también nosotros tenemos que querer integrarlos, de modo que es un tema recíproco. Pero la ley y la legalidad están por encima de todo: ellos tienen que respetar las normas, forma parte del proceso de integración. Un ejemplo: en la primera ONG en la que trabajé, de la que he hablado al principio, me vino una persona de Cabo Verde y me consultó si en España se podía matar a la mujer infiel. Desconocía en ese momento lo que podía pasar en Cabo Verde, pero desde luego en España es un delito atroz. Este es un ejemplo del trabajo que hay que hacer en integración, y el primer paso fundamental es: conoce mis leyes, que son las tuyas, y acéptalas.



“Los notarios dan seguridad a las personas, lo que es un valor de siempre, pero hoy en día todavía más”

Marc Simón Martínez

Subdirector General de Fundación Bancaria “la Caixa”

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Marc Simón Martínez es Máster Técnico de Desarrollo en entornos TIC por la Universidad Politécnica de Cataluña y PDG –Programa de Dirección General– por la Universidad de Navarra, IESE. Tras un breve paso por Telefónica, en 1981 empezó a trabajar en la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona “la Caixa”. Desde entonces ha desarrollado diferentes funciones en la entidad que lo han llevado a dirigir las áreas de Gestión Tecnológica, Sistemas de Información, Organización y Calidad Operativa e Innovación y Expansión Internacional. De forma destacada, y como Director de Gestión Estratégica y Arquitectura del Sistema de Información, se dedicó a la solución informática de la incorporación al euro y del efecto 2000. En julio de 2008 fue nombrado Director del Área Social de la Fundación “la Caixa” y en septiembre de 2014 Director Corporativo del Área Social de esta área. Desde agosto de 2017 es subdirector general de la Fundación Bancaria “LaCaixa”.



P: ¿Cómo ha vivido la evolución profesional del ámbito tecnológico hasta el área social?

R: En mi caso, he hecho cosas muy generales, y la parte que siempre me ha interesado más no ha sido tanto la técnica, sino la parte organizativa, que está relacionada con todo. He pasado por la arquitectura, la gestión estratégica, etc. porque siempre me ha interesado el montaje que hay por encima, la visión más estratégica. Después, todo eso, en una entidad tan grande como Caixabank, con tantas oficinas, lo he podido aprovechar en áreas como la de organización, que me ha permitido grandes aprendizajes. El paso por el área de innovación también fue muy interesante, porque promovimos un tipo de innovación diferente a la tecnológica, que ya hacíamos, y pensamos en las personas y en lo que puede aportar la visión de cada uno. Finalmente, verlo desde la perspectiva de abrir una oficina en un país donde no tenían ni idea de lo que era una caja de ahorros te acaba dando una visión muy global de las cosas. Seguramente, donde más he podido aprovechar todos estos conocimientos, ha sido cuando pasé aquí, a la Fundación. En primer lugar, porque fue un momento en que los problemas sociales habían comenzado hacía poco y porque podía aportar, de forma complementaria al concepto que ya teníamos, una forma de dar un método, cómo hacer una recurrencia y ayudar a enfocar una estrategia, acompañado de un muy buen equipo. Creo que después de muchos años y muchas responsabilidades diferentes, ahora estoy en la más completa de todas. Puedo aportar todo lo que he aprendido, y hacerlo sobre algo que me da satisfacción porque ves que tiene un beneficio directo en la gente.

P: La Fundación Bancaria “la Caixa” ejerce un cierto liderazgo social. Es la primera fundación privada de España, un referente, y la tercera del mundo, con 20.000 millones de euros en activos. Unos datos muy destacables...

R: Seguramente la cifra más significativa es hablar de un presupuesto que no ha bajado de los 500 millones de euros desde 2008, cuando comenzó la crisis. El año pasado fue de 510 millones y este año es de 520 millones de euros. Siempre nos hemos mantenido, siendo conservadores para asegurarnos de que podíamos tener

continuidad. Y eso creo que ha sido uno de los aspectos más importantes que hemos conseguido: dar continuidad a muchos programas, cuando muchos otros los han discontinuado; en el momento en que había más necesidad, como había menos recursos, disminuyeron lo que hacían. Nosotros hemos podido mantener un nivel muy importante durante todos estos años.

Hemos conseguido demostrar que se pueden hacer cosas y que se pueden hacer durante tiempo

P: ¿Cómo ha sido posible incluso aumentar el presupuesto durante la crisis?

R: Creo que nuestra dirección ha sido importantísima en todo esto. Y lo ha sido, sobre todo, por el presidente. En estos años de crisis, en los que también ha habido una reestructuración del sistema bancario, se puso mucho énfasis en que parecía que todos los problemas financieros procedían de las cajas, a pesar de ser problemas mucho más variados, pero eso hizo que la situación fuera difícil de gestionar. Y la decisión que desde el primer momento tuvo siempre nuestro presidente fue, en primer lugar, conseguir asegurar los recursos, que siempre tuviéramos suficientes recursos para seguir trabajando en la obra social. Y luego, ir dando forma a esos cambios legales a los que estábamos obligados, de forma que no se pusiera en duda ni en riesgo que nuestra orientación era hacia la labor social, hacia la sociedad. Eso emana de nuestro presidente, acompañado de nuestro director general, Jaume Giró –que es quien terminó de dar forma por debajo a este mandato–, la forma de entender que la obra social va incorporada de verdad a la idea de negocio que tenemos. La idea es que todos, tanto las empresas como las personas, tenemos una responsabilidad, como integrantes de la sociedad, y debemos ejercerla de una forma convencida, que creo que es lo que iremos viendo cada vez más en el futuro. A nosotros si algo nos ha identificado desde hace muchos años ha sido hacerlo de verdad. Siempre hemos tenido una máxima: que las cosas deben hacerse de forma profesional. Hemos tenido siempre muy buenos profesionales tanto en el ámbito financiero como en el ámbito social. De hecho, fuimos los pri-

meros que tuvimos una estructura separada, Fundación La Caixa, cuando hubiera podido ser un departamento de La Caixa. Pero siempre lo hemos mantenido separado, para mantener la esencia de que era una obra social dedicada a la gente que lo necesitaba, a la sociedad, y no a los clientes.

P: ¿Cómo se gestiona internamente que todo el mundo se involucre en la obra social?

R: Coincidiendo con el momento en que pasamos a ser Fundación bancaria, desarrollamos un plan estratégico para permitir alinear la acción de todo el mundo, teniendo en cuenta también todo lo que ya teníamos y se había hecho. Repasando un poco la historia, cuando Ricard Fornesa fue presidente, se hizo una reflexión sobre cuál era el papel que tenía que desempeñar la Fundación, que durante muchos años había estado muy relacionado con la cultura y la ciencia, aunque la primera acción de obra social registrada fue un homenaje a la vejez, en 1915. Desde entonces, la relación con las personas mayores, por ejemplo, ha existido siempre, aunque hemos tenido mucha presencia, como decía, en todo el ámbito de la cultura y la difusión de la ciencia. Durante la presidencia de Ricard Fornesa, como caja de ahorros tuvimos un incremento de los resultados muy importante, porque éramos la única institución que seguía abriendo oficinas cuando muchas otras ya habían dejado de hacerlo, y demostrábamos que éramos rentables. En el momento en que decidimos que no era necesario que siguiéramos abriendo al mismo ritmo, nos empezaron a entrar muchas oficinas con rentabilidad y no teníamos la inversión que se fuera comiendo esos beneficios. Y como más o menos un 25 % del resultado recurrente se aportaba a la obra social, teníamos muchos recursos añadidos que sirvieron para focalizarnos en el aspecto social. Por eso ahora muchos programas sociales están celebrando 9-12 años. Ahora recogemos los frutos, hemos conseguido demostrar que se pueden hacer cosas y que se pueden hacer durante tiempo.

P: ¿Qué prioridades marca el Plan Estratégico 2016-2019?

R: El Plan Estratégico sirve para terminar de marcar las prioridades de todo el mundo y cómo se debe diversificar lo que hacemos. Acabamos diciendo que



Entrevista

el 60% tiene que ir a lo social, un 20% a difusión de ciencia y cultura y un 20% a investigación, que es lo más novedoso en este reparto. Creemos que el progreso siempre debe ir acompañado de solidaridad con lo social, con sociedades más igualitarias, pero la otra fuente que también aporta progreso a la sociedad es el conocimiento. La investigación tiene menos peso y poco a poco debe irse acercando a ese 20%. De hecho, este último año hemos publicado por primera vez una convocatoria de investigación; hasta ahora apoyábamos programas muy importantes y conocidos, pero nunca habíamos podido hacer una convocatoria porque no teníamos suficientes fondos para hacer algo bastante competitivo. Dentro del 60% social, las prioridades son combatir la pobreza infantil, la inserción sociolaboral de los colectivos con más riesgo, las personas mayores y seguir acompañándoles, la interculturalidad y la necesidad de pensar en formas de la sociedad futura, y qué podemos hacer por la gente al final de la vida –con un programa que les ayuda a hacer acompañamiento psicosocial combinado con cuidados paliativos. A todo ello se le añade el voluntariado, en genérico, como una posibilidad de colaboración que también debemos promover en la sociedad, y la vivienda –somos la entidad que tiene más vivienda social, más de 30.000 pisos en toda España, y en los últimos años, con la crisis, había que hacer algo para ayudar a la gente a tener o a conservar la vivienda.

P: En el ámbito internacional, han presentado recientemente las líneas de la Obra Social en Portugal, en colaboración con BPI. ¿Cómo se plantea?

R: La acción en Portugal va de la mano de nuestra esencia. En los estatutos de la Caja de Ahorros se especifica que llevaremos a cabo obra social allí donde se captan depósitos, allí de donde nos vienen recursos. Cuando CaixaBank toma el control de BPI, es evidente que una parte de los dividendos que nos lleguen vendrán del negocio que se genera en Portugal y por eso empezamos a desarrollar acciones en el país. En el ámbito internacional, en la lucha por mejorar la pobreza y cómo mejoramos las capacidades de niños y niñas, tenemos el programa Profuturo, que aplicamos con la Fundación Telefónica, y es el que ocupa más espacio en este ámbi-

to. La acción social como la que hacemos en España solo se efectúa en Portugal; el resto la llevamos a cabo en países sobre todo de Sudamérica, África subsahariana y algún país asiático, dando capacidad para que llegue una mejor formación a niños y niñas que no tendrían acceso a esta, ya que eso también promoverá el progreso futuro.

P: Las cajas de ahorro, de hecho, se constituyeron, históricamente, como entidades de crédito sin ánimo de lucro para luchar contra la pobreza y la exclusión social, facilitando el crédito a personas vulnerables. ¿Se pueden considerar parte integrante de lo que llamamos Tercer Sector?

R: Depende de cómo se defina Tercer Sector. Sí es cierto que somos unas entidades que, en esencia, trabajamos para la gente; la Fundación no tiene accionistas y, por tanto, esta es la forma de actuar. Pero lo que nos diferencia respecto al conjunto de entidades del Tercer Sector es que contamos con unos fondos; la Fundación tiene unos recursos y los adjudica lo mejor posible, con sentido común y sentido de la responsabilidad, que es el gran valor que atesoramos. Por consiguiente, somos la aplicación de una actividad empresarial y no tenemos ningún accionista. Hoy en día lo llamaríamos más emprendedores sociales que Tercer Sector, porque al final

desarrollamos una actividad económica que tenemos que conseguir que tenga un rendimiento, porque ese rendimiento es lo que tú impactas con buenos resultados para la población. Y tienes que ser consciente de que para que eso sea así, la ley no marca el mínimo que debes invertir en obra social, sino el máximo, porque dice que si tú no consigues ir dándole viabilidad a tu negocio, que cada vez sea mayor, no conseguirás que esto crezca. Si se hubieran aplicado todos los recursos a hacer obra social, poco a poco las entidades hubieran quedado “desrentabilizadas” y no hubieran podido hacer obra social. Pues eso mismo es lo que yo creo que siempre pensamos: en cómo podemos generar muchos dividendos en este momento, lo que son los recursos hacia la obra social, para que a su vez podamos seguir pensando que en el futuro tendremos más.

P: ¿Cuál debe ser el equilibrio entre iniciativas públicas y privadas en el ámbito social?

R: Yo creo que este mundo está llamado a esta colaboración. Cuando hablábamos de estado del bienestar parecía que desde las Administraciones lo podían abarcar todo, y todos hemos visto que eso no es posible. Tú puedes legislar lo que quieras, pero a veces si no hay suficientes recursos es imposible que determinadas cosas se puedan





llevar a cabo. Lo más responsable es pensar que todos ayudemos a que la sociedad sea mejor. Por tanto, en este sentido, estamos llamados a esta colaboración. Entidades como la nuestra se pueden permitir cosas que quizá no se podrían hacer de la misma forma, por ejemplo, muchas cosas relacionadas con la inmigración. Nosotros somos capaces de contratar y, por los recursos que tenemos, podemos poner a gente muy buena a pensar cómo debemos hacer las cosas. Y podemos evaluarlo con suficiente volumen porque hay concursos potentes, lo que probablemente, si tuviéramos menos dinero y posibilidades, sería antieconómico, y muy pocos se lo pueden permitir. Asimismo, cuando nosotros desarrollamos un programa como Caixa Proinfancia, invertimos 50 millones de euros/año, con 62.000 niños sentamos una base y cuando llegamos a una conclusión es posible realizarla. Y nos podemos permitir evaluarlo porque lo que nos cuesta es marginal respecto a lo que es el proyecto. De modo que es importante la capacidad que tenemos de aglutinar a través de programas. Las administraciones, y muchas veces por la forma en la que estamos ayudando a las entidades, están enseñando al Tercer Sector que tiene que competir por recursos escasos. En cambio, nosotros intentamos que en nuestros programas esto no sea así, conseguimos dar la visión de trabajo en red y llamamos a la colaboración. La clave del Tercer sector está en compartir, porque al final son iniciativas que lo que buscan es la mejora de las condiciones de vida de personas concretas. Algunas están enmarcadas en unos colectivos, otros en otros, pero no son temas que vayan contra nada, sino para ir a favor de ayudar a cuanta más gente mejor. Por tanto, si colaboran entre ellas será mucho mejor. En nuestros programas, como Caixa Proinfancia, ahora hay más de 400 entidades sociales trabajando en red. En Proincorpora hay unas 450. A nuestras convocatorias se presentan 4.000 entidades cada año. Al final lo que buscamos es que entiendan que desde este trabajo en red se pueden hacer muchas más cosas. Yo creo que la colaboración de entidades como la nuestra puede ayudar al Tercer sector a encontrar nuevas formas de trabajar, ayudar a que esto

llegue a mucha gente y que puedan aplicarse mecanismos de colaboración entre ellas que seguro que mejorarán el resultado para la población.

El plan estratégico dice que el 60 % tiene que ir a lo social, un 20 % a difusión de ciencia y cultura y un 20 % a investigación

P: En la Obra Social el año pasado se llevaron a cabo cerca de 50.000 iniciativas sociales de las que se han beneficiado más de 11 millones de personas. ¿Cuáles son los principales programas?

R: La labor social tiene cinco ejes. El primer programa es CaixaProinfancia, centrado en cómo intentamos romper la herencia de la pobreza, evitar que la pobreza no se herede de padres a hijos. Es un programa que busca, mediante la mejora educativa, conseguir que esto se revierta. Ahora celebramos 10 años de este programa, que llega a 60.000 niños/año y llevamos acumulados casi 300.000, lo que da una dimensión clara. Lo que conseguimos es ver que, mejorando el progreso educativo, que es lo que hoy por hoy podemos mirar, nuestros niños progresan más de lo que progresarían. Si miramos las estadísticas generales vemos que, entre las familias en situación de pobreza, hay un 30% de abandono antes de la edad de terminar la enseñanza secundaria obligatoria, y del 70% que no abandona, solo el 53% la acaba el año que le tocaría por edad. Con nuestro programa, el abandono es del 6% —en lugar del 30%— y del 94% que no abandona, el 81,1% terminan el año que les toca por edad. Eso supone que duplican lo que sucedería si no recibieran ayuda. Incluso tienen una tasa de superación de terminar certificando la ESO superior a la media de la población española: el año pasado en la población española fue del 78% y nosotros estamos en casi el 82%. Por tanto, estamos cumpliendo la primera premisa y con más de 60.000 niños/año tenemos suficiente base para ver que lo que decimos está fundamentado.

P: La inserción laboral es otro de los ejes importantes...

R: Sí, el segundo programa es Incorpora, de inserción laboral de colectivos con dificultades objetivas de acceder al mercado de trabajo. Existe un estudio, promovido por la Fundación Accenture y aplicado por EDEA, que ahora es el segundo año que se repite, que estima que en España hay unos 4 millones de personas especialmente vulnerables ante el empleo, tanto porque no tienen trabajo —estén o no apuntados al paro, están en edades que lo necesitarían— o bien porque tienen trabajos de muy pocas horas o muy poco salario y no llegan a superar el umbral de la pobreza. Es preciso tener en cuenta que, si hay alguien en el hogar que sí tiene un empleo normalizado e ingresos, ya no lo contamos, por tanto, hablamos de que es un colectivo muy amplio y va más allá de las estadísticas del paro, que también son especialmente malas en España. Nosotros lo que hacemos es efectuar trabajo en red para intentar que encuentren un empleo como medio de inserción social, un trabajo en una empresa ordinaria. En el programa ahora tenemos más de 400 entidades trabajando en red y el año pasado conseguimos que 33.000 personas encontraran trabajo. El 70% de casos son personas en riesgo de exclusión social y el 30% con discapacidad. Hemos ido demostrando que se nota cuando las entidades trabajan de verdad en red con el importante incremento de resultados obtenidos, que es continuo. A pesar de ser un programa contracíclico, porque comenzó en 2006 y enseguida llegó la crisis, siempre hemos ido incrementando resultados, sobre todo porque cada vez más las entidades han entendido y han visto que se basa en que tienen unos actores laborales y tienen que buscar posibilidades de trabajo. Si cuando tienes una posibilidad, la abres a que cualquier entidad del grupo pueda cubrirla, todo el mundo acaba insertando mucho más que si pienso que solo lo insertaré yo, porque quizá no tengo el perfil que me piden. Este programa tiene una rama que se llama Reincorpora, que es lo mismo, pero para personas que han sido privadas de libertad. Aquí estamos llegando a tasas muy altas, de más del 70% de inserción de las personas que inician el proceso con nosotros.

P: Y la gente mayor es otro de los pilares de la Obra Social.

R: El tercer gran programa, que es el más antiguo, es el de personas mayores. Sobre todo, está enmarcado en el envejecimiento activo y cuenta con tres ramas principales. La primera, la introducción a la tecnología. Aquí hemos sido los referentes desde el año 1997 y más de 75.000 personas mayores en toda España se han introducido en la tecnología gracias a este programa, que tiene como objetivo evitar que haya una brecha digital. Todo esto evoluciona, y hoy en día tecnología significa tabletas, smartphones, redes sociales... y todo lo que se necesita en cada momento. Nos hemos dedicado mucho a este tema y por ello tenemos 62 centros de mayores propios y más de 600 en convenio. En 600 de estos tenemos una instalación informática realizada por nosotros, una Cibercaixa. Otro ámbito es el envejecimiento saludable, donde todos los años damos nuevos contenidos de salud. Por ejemplo, el "Despertar con una sonrisa", que promueve dormir bien; el "Menos dolor, más vida", que se basa en el momento en que empiezo a tener dolor, cómo puedo convivir y cómo puedo ayudar al médico y que me ayuden a entenderlo; o talleres como "Entrena", que es de actividad física, pensando en cómo puedo prevenir caídas, trabajar la musculatura, el equilibrio... Un tercer ámbito es la acción local, que es hacer hincapié en que la persona mayor sigue teniendo esta visión de persona activa en la sociedad, y se realizan muchas actividades de voluntariado. Hemos incluido una última rama, que está muy relacionada con un proyecto que estamos desarrollando conjuntamente con la Fundación de los Notarios de Cataluña, a la que llamamos de desarrollo personal. Significa que no por ser mayor todo me viene dado; cuando soy mayor todavía soy más diverso, y ser mayor es el reflejo de todo lo que he hecho y de todo lo que haré. Por tanto, mis decisiones son muy importantes. Y significa que me toca prevenir determinadas cosas y, para prevenir, tengo que estar informado. De ahí que hayamos desplegado toda una línea sobre el Buen trato a las personas mayores, que es donde se enmarca esta colaboración con los notarios. El programa de gente mayor seguro que tendrá mucho recorrido en los próximos años, porque tenemos, por una parte, el envejecimiento de la población y, por otra, la inversión de la pirámide poblacional nos lleva a que cada vez habrá más gente mayor, hasta 2050 será



un incremento constante. Y cada vez habrá más gente en situación de vulnerabilidad social relacionada con las personas mayores. Ahora, por ejemplo, estamos aplicando un programa piloto sobre soledad no deseada, que es una realidad que ya se está dando y seguro que encontraremos otros.

La colaboración de entidades como la nuestra puede ayudar al Tercer Sector a encontrar nuevas formas de trabajar

P: La enfermedad y la interculturalidad son otros ejes importantes...

R: El cuarto programa tiene como foco de vulnerabilidad la enfermedad, cómo conseguimos que personas que tienen una enfermedad diagnosticada terminal tengan una atención completa. Los cuidados paliativos evitan el dolor físico, pero nosotros lo que hacemos es encargarnos del sufrimiento de la persona. Hemos conseguido hacerlo de una forma metódica, con un volumen de 124 hospitales y 42 equipos de atención psicosocial en toda España. Ofrecemos ayuda emocional, espiritual y social, con trabajadores sociales y psicólogos, sobre todo. Es un programa muy rico, donde hemos evaluado que la gente mejora cosas como el sentido de la vida, el sentimiento de paz y perdón, la angustia o la depresión. Aquí

no tenemos un grupo control por motivos evidentes, porque si hablamos de que atendamos a gente al final de la vida, si nos dedicáramos a controlar, no podríamos atenderlos. Pero es evidente su mejora y permite que la gente pueda vivir mejor hasta el final, que se respire vida hasta el final. Este programa tiene una derivada, que hemos empezado a trabajar en los últimos tiempos, que es el tema de la soledad y el final de la vida, porque existe un fenómeno que empieza a ser mayoritario de gente que se queda sola, por vulnerabilidad social, y que cuando está enferma no tiene a nadie que se ocupe de ella, y no es tan fácil que llegue a una unidad de paliativos. Aquí tenemos mucho voluntariado y promovemos este programa en el marco de la atención integral a personas con enfermedad avanzada.

Y el quinto gran programa es la intervención comunitaria intercultural, el último que arrancamos, en 2010. Como el de las personas mayores, se basa en la evidencia de que somos una sociedad muy diversa y del cambio social demográfico previsto en los próximos años. Queremos que esta nueva sociedad que se configura respire, sobre todo, convivencia. Viendo lo que ha pasado en Francia con las "banlieues" o en Inglaterra, unos fenómenos que se han dado porque no se ha sabido articular todo eso, nosotros pensamos que el territorio español es el paradigma de la interculturalidad. El programa tiene dos metodologías, la intervención comunitaria y la mediación intercultural. Es el programa más difícil que tenemos, porque es inespecífico,



busca que en cada territorio se produzcan varias cosas que la gente comparta. Pero las tienen que hacer ellos; el equipo del programa solo es un impulsor, promueve un espacio para que la gente colabore entre sí, hablen, se respeten y, sobre todo, recuperen el orgullo de pertenencia al territorio. Que la gente se implique en todo: pueda decir cómo ve el territorio donde está y qué cree que es más interesante que se haga. Aunque normalmente los programas de intervención comunitaria siempre han sido muy reivindicativos, como los de asociaciones de vecinos, este tiene la particularidad de que desde el primer día también participa el Ayuntamiento. Todos estamos

sentados en el mismo lugar, y los ayuntamientos lo promueven. Consideramos que esta base de acción comunitaria aporta mucha riqueza. Ahora estamos a punto de publicar una encuesta, la segunda, comparando cómo estaba todo en 2010 y cómo está en 2017, basada en los territorios control, y esperamos que nos demuestre las mejoras que ha habido. Antes no había un instrumento para determinar cómo se mide la convivencia, pero con los 34 territorios control que tenemos en toda España, hemos podido desarrollarlo y tendremos una encuesta única para ver la evolución en estos siete años y que tiene sentido un programa de este tipo. Esta es una

buena base no solo por lo que hemos hecho, sino para ponerlo a disposición de cualquier otro que quiera hacerlo.

P: Con el Colegio Notarial de Cataluña, a través de la Fundación de los Notarios de Cataluña, se estableció un convenio de colaboración centrado en el apoyo a las personas en riesgo de exclusión social y situación de vulnerabilidad, organizando charlas informativas sobre temas de interés para estos colectivos. ¿Cuál es su valoración?

R: Mi valoración es muy buena. Las charlas se enmarcan en el marco de esta responsabilidad que todos tenemos respecto a la sociedad, de prevenir situaciones que se pueden dar, sobre todo, con las personas mayores. Está muy bien hacerlo y es necesario, y luego puede tener el recorrido que tenga. De hecho, sabemos que cualquier notario los atenderá e informará, que es una de sus funciones habituales, pero aplicarlo en lugares donde agrupamos a la gente mayor y tratando temas de su interés, en el marco de nuestro programa para las personas mayores, por el que el año pasado pasaron 802.000 personas en toda España, nos permite convertirnos en elemento multiplicador. Es muy importante lo que estamos realizando, dar una base tanto sobre temas jurídicos como económicos, de seguridad. Eso es un plus, porque cada vez tenemos a más gente mayor que queda aislada, y la situación de crisis económica seguro que no ha ayudado nada. Con esta colaboración y todo lo que se plantea hay muchas cosas que podemos prevenir de manera muy eficaz.

P: El convenio se ha ampliado en el ámbito educativo, donde ustedes hacen una importante aportación en becas de ayuda económica para la preparación de la oposición a notario para personas con dificultades económicas. ¿En cuál de las líneas de trabajo de la Obra Social encaja?

R: Esta vertiente de la colaboración trabaja por la igualdad, para que la igualdad de oportunidades sea real. Que sea real significa que, si alguien puede ser notario y, por su situación económica no podría permitirse dedicar el tiempo necesario para poder estudiar y presentarse a la oposición, ayudamos a que lo pueda hacer. Es un valor para dar igualdad, para que se vea esta diversidad de orígenes, que pueden llegar a



cualquier lugar, que no hay barreras. Por lo tanto, pensamos que los dos proyectos que tratamos en colaboración, el asesoramiento y las becas, conectan mucho con los ideales de la Fundación. La misión que tenemos en Fundación Bancaria La Caixa es contribuir a construir una sociedad que sea mejor, más justa y que dé más oportunidades a quien más lo necesita. Y yo creo que las dos iniciativas en las que colaboramos claramente están aquí ligadas.

Los dos proyectos que llevamos a cabo en colaboración, el asesoramiento y las becas, conectan mucho con los ideales de la Fundación

P: La vertiente social de los notarios es inherente a la función notarial, pero a menudo se visualiza poco. ¿Qué valores cree que transmite el notariado?

R: Yo creo que sobre todo transmiten un valor de seguridad, de que puedo estar seguro de lo que me dicen. Certifica que algo es verdad y que nadie me engañará. A nadie se le ocurre pensar que va al notario y que saldrá de allí engañado; saldrá con algo que es real y que es verdad, y eso no es tan habitual en la sociedad en la que vivimos. Ahora ya sabemos con la ligereza muchas veces con que se mueve la información. Cada vez es más importante la verdad, porque cada vez tenemos

menos y es más difícil encontrarla. A veces se opina muy ligeramente y la gente toma partido sobre cosas cuando quizá no debería hacerlo. Yo creo que el valor de los notarios es decir que aquello es seguro, que velan por mí, que si vieran una situación anómala lo dirían. Dan esta seguridad a las personas que es un valor de siempre, pero hoy en día aún más.

P: Recientemente desde la Fundación de los Notarios de Cataluña se han celebrado unas Jornadas centradas en la Inmigración, en las que participaron. ¿Qué puntos de colaboración ve potencialmente en el ámbito social?

R: En general, nos pueden dar este apoyo desde el ámbito jurídico, de diferentes formas, en muchos de los programas. Nosotros atendemos a colectivos que lo necesitan. Por ejemplo, cuando hablamos de CaixaProinfancia, con personas en situación de pobreza, el 50% de las familias son de padre o madre nacido fuera de España. Tenemos muchas casuísticas, como obtener los papeles para poder tener el permiso de trabajo, etc. en las que hay que hacer cosas, en las que las circunstancias jurídicas hacen que sea necesario ayudar a familias en una situación difícil. De las 40.000 familias que estamos tratando, más o menos la mitad tienen pobreza relativa, y la otra mitad pobreza severa, aun con mucha más dificultad. Cuando hablamos de iniciativas como Incorpora, de inserción laboral, uno de los colectivos importantes que atendemos son los jóvenes extute-

lados. ¿Qué pasa cuando llegan a los 18 años? Hay una realidad detrás, que comienza a multiplicarse, que son los menores no acompañados, que están en una situación muy difícil porque, por edad, cuando llegan quedan bajo la tutela de la Administración durante un tiempo, pero al salir todavía no tienen permiso de trabajo y hay que hacer algo si quieres que acaben teniendo una nacionalidad... Desgraciadamente, cada vez hay más gente sin techo que son jóvenes. Si fuéramos desgranando cada programa, seguro que encontraríamos puntos donde se podría o se podrá colaborar.

P: Ya para finalizar, ¿cómo cree que debe ser la justicia social en el siglo XXI?

R: Yo creo que sobre todo tiene que ser lógica. La justicia social debe velar y ofrecer las condiciones adecuadas para esta igualdad de oportunidades para todo el mundo. Y eso no es tan fácil de conseguir en unos momentos en que a todo ello se suma, además, el cambio tan rápido que estamos viviendo. Aunque históricamente se ha visto en otras generaciones, ahora los cambios son mucho más acelerados. Estamos entrando en un momento en que incluso predecir hacia dónde irán los trabajos dentro de un tiempo es muy difícil, ni sabemos decir si todos podrán tener trabajo o no. Y en unas circunstancias así, de tanta dificultad, quien corre más riesgo es quien lo tiene ahora, porque será el que lo tendrá más difícil para salir. Por eso creo que pensar en todos, conseguir ayudar para que cualquier avance que tengamos, cualquier nueva disposición piense en todo el mundo, en todos los colectivos, es la base para que la gente vea realmente que existe la justicia social, que se dé esta igualdad. Vemos cada vez más que la gente tiene ganas de que haya cosas diferentes. Si miras la diversidad de voto, que está bien, yo creo que se está pidiendo que la gente hable, que los políticos pacten entre ellos, que podamos tener líneas políticas que duren años. Las políticas sociales, sobre todo, necesitan de un medio-largo plazo; si no lo hacemos así es muy difícil que esto tenga impacto en la gente que es más vulnerable. Ahora, con todo lo que vendrá, con toda esta aceleración y cambios, no debemos dejar que esto deje de lado a esta gente, porque quedarán en una situación absolutamente desamparada, si no lo hacemos bien. Aquí es donde deben estar los pilares de la justicia social en los próximos años.

Jurisprudencia reciente del TSJCAT en materia de Derechos Reales y Sucesiones *

Maria Eugènia Alegret Burgués

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña



Resumen: Esta intervención tiene por objeto el análisis de dos recientes Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recaídas en materia de derechos obligacional y real, en concreto, en litigios referidos a cesión de finca a cambio de construcción futura regulados hasta la promulgación del libro VI del CCCat en la ley 23/2001 de 31 de diciembre y de otras dos, que conforman jurisprudencia, en materia sucesoria, ambas relativas a la falta de trato personal continuado entre

el causante y el legitimario como causa de desheredación.

1.-Derechos reales

Cesión de finca a cambio de construcción futura: Garantías del cedente: Las sentencias de 8 de febrero de 2018 y de 19 de marzo de 2018

Para comprender mejor la tesis que sustentan las Sentencias TSJCAT de 8 de febrero

de 2018 y de 19 de marzo de 2018, que son las que vamos a analizar, hay que exponer los supuestos de hecho de cada una de ellas.

1.- a) La S. TSJCAT de 8 de Febrero de 2018

-Supuesto de hecho:

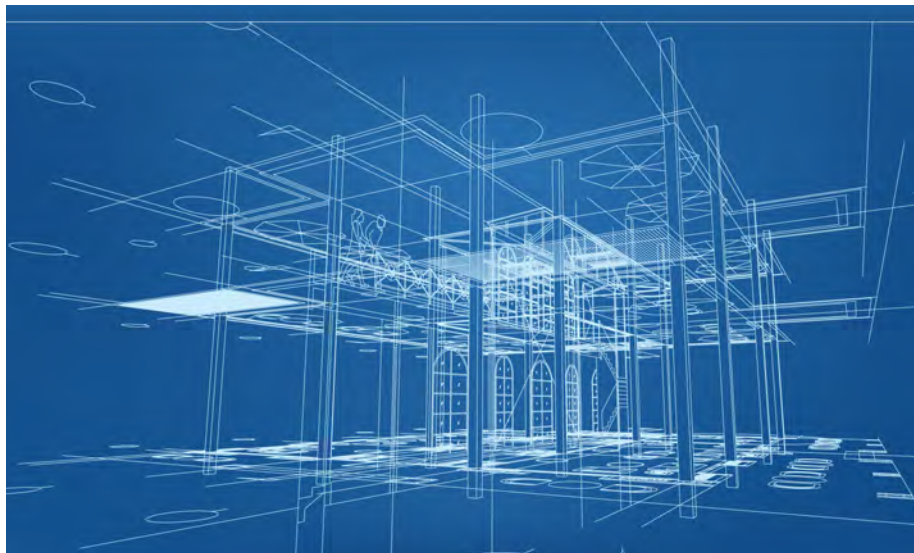
1.- El día 27 de marzo de 2006, H. SA y la Sra. Maria firman ante Notario, una escritura de cesión de finca a cambio de obra futura en virtud de la cual la segunda cedía a la primera, libre de cargas y gravámenes, la titularidad de un solar edificable.

A su vez la cesionaria debía entregar como contraprestación una vivienda situada en la planta primera puerta segunda, la plaza de aparcamiento número 4 y el trastero número 4 del edificio que H. SA debía construir en la finca.

En el pacto 6 del contrato se autorizó a la cesionaria para solicitar un préstamo para financiar la construcción y para que pudiese hipotecar la finca objeto de la cesión, pero “quedando exenta la parte cedente de toda responsabilidad derivada de la concesión del préstamo”.

En el pacto 8 se convino que finalizadas las obras se formalizaría mediante escritura pública la entrega y transmisión, libre

* Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Cataluña el 21 de junio de 2018



de cargas, de la vivienda, aparcamiento y trastero antes indicados que constituía la contraprestación pactada.

En la cláusula 10 se acordó que en el caso de incumplimiento de la cesionaria, la cedente podría optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del mismo, en ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

2.- En 7 de junio de 2006 se inscribió en el Registro de la Propiedad la cláusula 10 antes citada como condición resolutoria a favor de la Sra. Maria.

3.- En la escritura de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal otorgada por H. SA en fecha 12 de febrero de 2008 se hizo constar en el apartado de cargas, la condición resolutoria a favor de la Sra. Maria.

4.- Mediante escritura de la misma fecha, H. SA otorgó con una entidad de crédito un préstamo hipotecario sobre la finca, haciéndose constar en el apartado de cargas la existencia de la condición resolutoria pactada a favor de la Sra. Maria. El préstamo fue avalado además por socios de H. SA.

5.- Ante el incumplimiento de la demandada H. SA de las obligaciones contraídas en el contrato citado, interpuso la Sra. Maria demanda contra ella y contra la entidad de crédito, con la pretensión de que se hiciese efectiva la condición resolutoria pactada con H.SA interesando que se le retornase la propiedad del terreno junto con lo constituido en el mismo, así como la indemni-

zación por daños y perjuicios pertinente. Igualmente solicitó la cancelación de cuantas anotaciones o cargas pudiesen afectar a la finca después de la condición resolutoria inscrita, en particular, la inscripción relativa a la hipoteca.

6.- Ambas demandadas se opusieron a la demanda aunque H. SA se allanó a la petición principal de resolución del contrato por incumplimiento. No así a los efectos pretendidos por la parte actora pues consideraba que debía ser indemnizada por las obras realizadas sobre la finca (lo que petitionó por vía reconvenzional) y que no podía ser acordada la cancelación de la hipoteca.

7.- La sentencia de primera instancia resolvió el contrato de permuta pero desestimó que la devolución de la finca pudiese realizarse libre de la carga hipotecaria disponiendo que no procedía la indemnización que tanto la actora, como H. SA, habían solicitado.

8.- Recurrida la sentencia por la demandante y por H.SA, la Sentencia de la Audiencia provincial, estimando en parte ambos recursos revoca la sentencia del Juzgado de primera instancia declarando en síntesis: a) que procedía la resolución del contrato de permuta con los efectos de devolución del solar con la obra iniciada, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, reguladora del contrato suscrito entre las partes; b) que la devolución de la finca debía realizarse libre de cargas y gravámenes, en particular de la carga hipotecaria inscrita, ya que la condi-

ción resolutoria pactada en el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca por lo que las inscripciones posteriores debían ser canceladas; y c) que la parte actora debía resarcir a H. SA por las obras que había realizado en la finca que por accesión legal pasaban a ser propiedad de la actora, con la suma de 241.149 euros.

Frente a dicha sentencia formuló recurso de casación únicamente la mercantil H. SA y únicamente por la cuestión relativa a la cancelación de la hipoteca de la que era titular la entidad de crédito codemandada, la cual, sin embargo, no recurrió la Sentencia.

-El contrato suscrito: de cesión de finca a cambio de edificabilidad o construcción futura regulado en la Ley 23/2001 de 31 de diciembre.

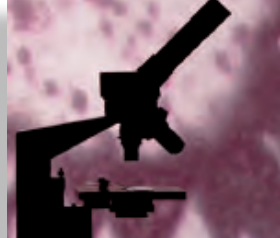
La operación por la cual se transmite una finca a cambio de obra futura puede efectuarse jurídicamente mediante una variada gama de tipos contractuales típicos o atípicos, en base al principio de autonomía de la voluntad.

La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, es el primer texto legal en el que se aborda esta figura en el ámbito catalán y también estatal.

Esta Ley se circunscribe exclusivamente al tipo contractual que regula, mediante el cual se efectúa “la cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de una construcción futura o resultante de la rehabilitación” (art. 1). Es decir, que la cesión de la propiedad se realiza en el acto del otorgamiento del contrato, sin que se produzca una obligación de ceder como en el art. 1538 CC.

Como dijo el STSJCat en la sentencia 2/2012 de 5 de enero:

“El contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, a diferencia de lo que sucede en el régimen civil común o estatal —en el que no aparece regulado legalmente de forma específica, por lo que se viene considerando “un contrato atípico”, si bien reconocido y aceptado por la práctica y por la jurisprudencia ya desde antiguo (vid. por todas las SSTs 1ª 24 oct. 1983 -CDO1- y 242/2010 de 22 abr. -FJ1-), con una naturaleza jurídica asimilable a diversas figu-



ras contractuales, como tuvimos ocasión de exponer antes de la actual regulación (STSJC 2/1990 de 5 feb. -FJ2-), aunque suele encajarse en la figura de la permuta del art. 1.538 C.C. (STS 1ª 459/2010 de 1 jul. -FJ3-),..., en la actualidad se halla regulado entre nosotros por la ya citada Ley 23/2001, cuya idea rectora, según su Preámbulo, es la necesidad de proteger al cedente, en la medida en que, debido a la cesión, queda desprovisto total o parcialmente de su propiedad a cambio de una cosa por hacer, y a la vista de que, por lo general, en la mayoría de los casos existirá una desigualdad (económica y profesional) evidente entre las partes”.

La parte recurrente insistía en que dado que la cláusula transcribía el art. 6.1 de la ley y que no se había pactado su ejercicio automático, no podía considerarse como cláusula resolutoria expresa.

El recurso de casación tenía por objeto que la Sala declarase que no existía una condición resolutoria explícita en el contrato y que, en consecuencia, no era posible que la resolución pudiese afectar a tercero, en concreto a la entidad bancaria, por lo que la hipoteca debía ser mantenida.

-Garantías pactadas: Condición resolutoria implícita, explícita y condición resolutoria con ejercicio automático. Efectos reales u obligacionales de dicha cláusula en los contratos de cesión de finca a cambio de edificabilidad o construcción futura regulados en la Ley 23/2001 de 31 de diciembre.

El legislador catalán ha optado por reglar el contrato de permuta con la transmisión real de la finca al cesionario en todo o en parte, razón por la que se ha preocupado especialmente de la protección del cedente que transmite la propiedad de la finca sin recibir en ese momento nada a cambio.

Lo expresa el Preámbulo de la ley cuando dice que en las dos modalidades del contrato de cesión, las medidas de protección de la persona cedente, desprovista, total o parcialmente, de su propiedad, han de ser especialmente intensas.

Una de esas garantías es la facultad resolutoria prevista en el art. 6.1 de la ley.

Dice este artículo que “la persona cedente puede exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, en ambos casos, con la indemnización de daños y perjuicios”.

La norma se refiere a la facultad resolutoria que se halla implícita en todas las relaciones obligatorias sinalagmáticas.

Este precepto se asemeja al art. 1124 del CC, lo que haría aplicable la jurisprudencia acuñada en torno al mismo, en particular aquella que establece que serán los tribunales los que apreciarán la gravedad del incumplimiento para determinar si es procedente o no la resolución del contrato cuando una de las partes no la acepte (por todas STS, Sala 1ª nº 2470/2013 de 20 de marzo).

La ley catalana sigue diciendo que los contratantes pueden pactar que el incumplimiento de lo estipulado “tenga el carácter de condición resolutoria automática” (art. 6.2) la cual, para que opere en tal forma permitiendo sin más la reinscripción de la finca a favor del cedente, precisa, por imperativo del art. 7, del cumplimiento de determinados requisitos:

a) Acreditar el incumplimiento de las condiciones, las características y los plazos por acta notarial o, si procede, por certificación de la autoridad administrativa; b) la notificación fehaciente de la resolución a la persona cesionaria y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca”; y c) la no oposición de la persona cesionaria a la resolución, en el plazo de quince días.

El Preámbulo de la Ley 23/2001 considera el ejercicio automático de la cláusula como una medida que refuerza la eficacia de la condición resolutoria expresa que las partes puedan haber estipulado.

De ahí resulta que además de la facultad resolutoria implícita descrita en el art. 6.1 de la ley, las partes pueden convenir, expresándolo así en el contrato, su voluntad de que el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el mismo produzca el efecto de resolver el contrato sin que los tribunales puedan, en principio, apreciar el grado de cumplimiento del mismo a esos efectos.

En este caso se entenderá convenida la condición resolutoria en forma explícita o expresa.



La parte recurrente insistía en que dado que la cláusula transcribía el art. 6.1 de la ley y que no se había pactado su ejercicio automático, no podía considerarse como cláusula resolutoria expresa, a lo que la Sala responde que la cláusula así pactada en el contrato, era una cláusula explícita, sin que pudiese dejar de serlo porque los contratantes hubiesen utilizado la misma redacción que la del art. 6.1. de la ley 23/2001 en la medida en que la norma no exigía formulas sacramentales ni especiales para configurar la cláusula.

De este modo, cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula, siempre que resulte inequívoca la voluntad de las partes de configurar el incumplimiento como condición resolutoria podrá ser inscrita en el Registro y desde ese momento producirá eficacia real y ello aunque se trate de un derecho personal, pues la inscripción registral que la legislación permite (art. 11.3 de la LH), la convierte en oponible frente a terceros (art. 13 de la LH).

A tenor de lo dispuesto en el art. 37 de la LH: “Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.”

De este modo, este tipo de condición expresa se diferencia de la condición



implícita en que permite a los contratantes “tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves” o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC o el art. 6.1 de la ley 23/2001, tengan o no trascendencia resolutoria.

Es decir, no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento (STS, Sala 1ª nº 1416/2016 de 7 de abril y las que en ella se citan y STS Sala 1ª nº 236/2015 de 30 de abril).

Si además del efecto *inter partes*, la condición resolutoria ha sido inscrita, afectará siempre a terceros y ello con independencia de que sea o no ejercitada en forma automática.

Así lo entendió también la resolución de 22 de abril de 2010 de la DGDEJ al resolver un recurso gubernativo contra la calificación del registrador, al decir que: *L'article 6.2 de la Ley 23/2001, de 31 de desembre, permet que es pacti una condició resolutòria explícita per al supòsit de no-realització de l'obra en les condicions, les característiques i els terminis d'execució estipulats. L'article 7 regula el procediment per a l'exercici automàtic d'aquesta resolució.*

El ejercicio automático de la cláusula permite –como hemos dicho– reinscribir la finca a nombre del cedente prescindiendo de la intervención de los tribunales lo que

supone una ampliación de las posibilidades de ejecución o de ejercicio de la cláusula, la cual una vez inscrita en el Registro, podrá también ser opuesta a terceros mediante la reclamación judicial siempre que sean demandados.

En el caso debatido las partes pactaron expresamente que el incumplimiento por parte del cesionario de las condiciones pactadas en el contrato facultaría al cedente para pedir el cumplimiento o bien por exigir la resolución. Voluntariamente procedieron a la inscripción de la escritura en el Registro de la propiedad. El Registrador calificó dicha cláusula como condición resolutoria explícita por estimar que la misma cumplía con los requisitos necesarios de concreción y claridad que exige el principio de determinación registral y así lo hizo constar en todas las menciones relativas a la finca cedida. Ni la cedente ni la mercantil cesionaria de la finca impugnaron dicha calificación. La condición resolutoria fue revelada como carga preferente de la finca tanto en la escritura de división de la obra en régimen de propiedad horizontal, como en la constitución del préstamo hipotecario. No se pactó la posposición de la carga ni tampoco consta que el Banco impugnase la inscripción.

Como quiera que la parte actora para defender el mantenimiento de la Sentencia de la Audiencia invocase también el art. 9 de la ley 23/2001, a cuyo tenor el contrato de cesión de finca o de edificabilidad era oponible ante terceros desde su inscripción en el Registro de la Propiedad,

la Sala abordó su significado, diciendo que la norma pese a su amplia y genérica dicción debía conciliarse con los principios registrales aplicables (art. 1.1 ,2, 11, 98 de la LH y art. 7, 9 y 51 del Reglamento Hipotecario) por lo que debía entenderse que serían inscribibles aquellas cláusulas que tuviesen, como la que era objeto del pleito, trascendencia real y por tanto oponibles *erga omnes*.

En el mismo sentido la STSJCat nº 7/2015 de 7 de enero había establecido que: *"l'article 9 de la tantes vegades citada Ley 23/2001, que estableix que "el contracte de cessió de finca o d'edificabilitat és oposable davant tercers d'ençà que se n'hagi fet la inscripció en el Registre de la Propietat" només pot tenir virtualitat en el cas que les parts hagin pactat una condició resolutòria expressa i que aquesta consti inscrita en el Registre de la Propietat..."*

Es por ello que la Sala Civil del TSJCat desestimó el recurso y declaró como doctrina legal: *que la condición resolutoria expresamente convenida en el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura regulado en la Ley 23/2001 de 31 de diciembre, tiene eficacia real de hallarse inscrita en el Registro de la propiedad.*

La tesis de la sentencia, no queda alterada con la redacción actual del art. 621-63 y 64 del CCCat que disponen ahora con mayor claridad que:

Artículo 621-63. Incumplimiento del contrato.

1. En caso de incumplimiento de las condiciones, pactadas o legales, de las características o del plazo inicial o final estipulados, el cedente puede exigir el cumplimiento específico del contrato, o la resolución de este, en ambos casos con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

2. El incumplimiento de las condiciones, las características y los plazos puede acreditarse mediante acta notarial o, si procede, mediante certificación de la autoridad administrativa.

Artículo 621-64. Resolución del contrato.

1. Las partes contratantes pueden acordar que el hecho de no haber realizado la obra en las condiciones, con las características y en los plazos de ejecución estipulados tenga el



carácter de condición resolutoria.

2. Para que opere la resolución automática del contrato es preciso:

a) Que se notifique fehacientemente la resolución al cesionario y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca.

b) Que el cesionario no se oponga a la resolución en el plazo de quince días.

Por lo que igualmente distingue entre condición resolutoria legal implícita, expresa y ejercicio automático de esta última.

2.-b): La S. TSJCat de 19 de marzo de 2018

-Supuesto de hecho

1.- En fecha 30 de diciembre de 2005 el Sr. Joan y la Sra. Luisa concertaron mediante escritura pública con la sociedad G. SL, cuyo administrador único era el Sr. Pedro, un contrato en virtud del cual los primeros cedían en propiedad a la segunda un solar de 456 m2. sito en la urbanización X de la localidad F, obligándose la mercantil como contraprestación a construir una edificación de acuerdo con los planos que se elaboren y a entregarles una de las dos viviendas unifamiliares con jardín que se construyan, libre de cargas y gravámenes y al corriente de toda clase de pagos en el término de 36 meses, autorizando al adquirente para otorgar unilateralmente las escrituras de obra nueva y división horizontal, así como escritura de préstamo hipotecario. La cuota asignada a la vivienda objeto de la contraprestación tenía que ser del 50% y en el caso de que los bienes fuesen hipotecados debían quedar liberados en el momento de la entrega.

2.- La escritura citada fue objeto de inscripción por parte del Registrador de la Propiedad que consignó todos los pactos existentes en la misma en el asiento de inscripción.

3.- En fecha 28-3-2011 mediante contrato de compraventa que no obra en las actuaciones, G. SL transmitió la propiedad de la parcela a J. SL, sociedad unipersonal constituida por la Sra. Carmen, a la sazón esposa del Sr. Pedro. La escritura no se inscribió inicialmente en el Registro de la propiedad.

4.- El día 6 de marzo de 2012 los actores, Luisa y Joan, presentan demanda reclamando el cumplimiento específico del contrato de cesión de solar por obra futura contra G. SL, interesando la entrega de una de las dos casas unifamiliares construidas sobre el solar. Solicitaron la anotación preventiva de la demanda que es concedida mediante auto de fecha 17 de octubre de 2012.

La sociedad es emplazada por edictos ya que resultó desconocida en su domicilio declarándose su rebeldía en fecha 4-10-2012.

5.- En fecha 2 de julio de 2012, la Sra. Carmen, haciendo constar su condición de casada y de administradora y socia única de J. SL, otorga ante Notario, escritura pública de declaración de obra nueva y división de la finca en régimen de propiedad horizontal, afirmando que la sociedad era dueña de la parcela registral por compra a la mercantil G. SL y que a sus expensas estaba construyendo un edificio sobre el solar que a su vez dividía en propiedad horizontal en dos entidades, entidad número 1 casa unifamiliar pareada denominada A y entidad número 2 casa unifamiliar pareada denominada B, de iguales características con una cuota del 50% cada una, adjuntando las licencias de construcción otorgadas en su día a G. SL. El mismo día con el número siguiente de protocolo, la Sra. Carmen en nombre de J. SL vendió la entidad B a la sociedad Ma. SL, conservando inscrita la entidad A a nombre de J. SL.

6.- El día 23-10-2012, los actores presentan ampliación de la demanda contra J. SL con el mismo *petitum* que la demanda inicial, adjuntando con el escrito de demanda el burofax dirigido a dicha sociedad en fecha 19-10-2012 requiriéndole de cumplimiento e interesando la anotación preventiva de la ampliación de la demanda en el Registro de la Propiedad, a lo que accedió el Juzgado mediante Auto inscrito en el Registro el día 6 de febrero de 2013 sobre la finca entidad A, en tanto que la B constaba ya inscrita a favor de un tercero.

7.- Remitido el emplazamiento al domicilio de J. SL por correo certificado, el mismo permaneció en lista sin recoger. Acordado el emplazamiento personal a través del Juzgado de Paz, éste lo recibió el día 29-11-2012 aunque la Sra. Carmen no compareció ante el Juzgado de Paz hasta



el día 26 de abril de 2013, negándose a recibir el emplazamiento tras afirmar que hacía meses que no se hallaba vinculada a la empresa J. SL.

8.- El día 20 de febrero de 2013, la Sra. Carmen, había vendido en escritura pública, haciendo constar ahora que se hallaba casada pero en trámites de divorcio, sus participaciones en la sociedad J. SL al Sr. Venceslao, el cual compareció en los autos en fecha 6 de mayo de 2013, como Administrador único de la sociedad J. SL para oponerse a la demanda alegando que, al no haber participado J. SL en el contrato de cesión de solar, no tenía por qué conocer las obligaciones contraídas por G. SL, no hallándose la finca sujeta a carga real alguna.

9.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta contra G. SL y la desestimó contra J. SL. En la misma se argumentó que teniendo el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura mero contenido obligacional en orden a la entrega de la contraprestación comprometida, la acción para reclamar esta solo podía hacerse efectiva contra la parte contratante, G. SL y no contra quien no había intervenido en el negocio en virtud de lo dispuesto en el art. 1257 del CC. Se indicaba, también, que al no haberse pactado en forma expresa ninguna condición resolutoria ni otra garantía real las obligaciones contenidas en el contrato de cesión no podían ser opuestas a quien no había sido parte, interpretando el art. 9 de la Ley 23/2001, no como un precepto que otorga efectos *erga omnes* al contrato



en relación con los sucesivos adquirentes, sino con efectos meramente publicitarios añadiendo, por último, que no era preciso analizar si J.SL era un tercer adquirente de buena fe en la medida en que no se había atacado su adquisición.

10.- Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Audiencia provincial la confirma por los mismos argumentos explicando en relación con el art. 9 de la Ley en el FJ 3º que:

“EFICÀCIA DE LA INSCRIPCIÓ EN EL REGISTRE DEL CONTRACTE DE PERMUTA. No canvia les coses, com molt bé explica la jutge de primera instància en la seva resolució, el fet de la inscripció del contracte de permuta litigiós en el Registre de la Propietat. Quan l'article 9 de la llei 23/2001 diu que els contractes de permuta inscrits són oposables a tercers, això s'ha d'entendre en el context dels principis del dret immobiliari. Les inscripcions del Registre produeixen els efectes que els són propis pel que fa als negocis amb transcendència real. Així, els tercers no poden al·legar ignorància, un cop inscrit un contracte de permuta, sobre la identitat del nou propietari, o, i tornem a l'exemple que hem fet servir com a contrast, sobre l'existència d'una condició resolutòria. Però no els podem demanar que, si adquireixen la finca que n'és l'objecte, substituïxin els transmissors en les obligacions que hagin pactat aquests a títol personal amb l'altra part del contracte de permuta precedent. Tot gira a l'entorn del mateix principi de relativitat del contractes”.

Concluyendo en el FJ 4º que:

“RECAPITULACIÓ. Conclouen els apel·lants el seu recurs amb una reflexió sobre el fet que, si l'ampliació de la demanda no és estimada, la sentència dictada contra la societat que sí que va ser part en el contracte de permuta esdevindrà inútil, amb les conseqüències injustes que se'n deriven, en permetre que unes persones que han actuat, segons el seu criteri, amb mala fe, obtinguin un enriquiment injust mitjançant l'elusió de les seves obligacions. Però és que hi ha un problema processal, que neix del fet que l'eficàcia del contracte en el qual sí ha pres part la segona demandada no ha estat impugnada. Així, tenim, d'una banda, una societat que ha adquirit la parcel·la litigiosa mitjançant un contracte l'eficàcia del qual no ha estat combatuda en aquest plet, i que, en no ser part del contracte de permuta precedent, no pot ser obligada a complir els compromisos que se'n deriven, d'aquest. I, d'altra banda, una altra societat que sí que va ser part del contracte de permuta que diem, però que, en no ser propietària ja de la parcel·la a la qual es refereix, en virtut precisament del contracte de venda de la mateixa parcel·la, que, hi hem d'insistir, no ha estat impugnada, no té la possibilitat material de complir el seu compromís -i, com que podem presumir és insolvent, hem de pensar que no pot fer front, tampoc, a una eventual execució per substitució-. La situació pot ser, des del punt de vista de la justícia material, paradoxal, però, de la manera en què ha estat plantejat el procediment, no hi podem fer res. El recurs ha de ser rebutjat, i la sentència de primera instància ha de ser confirmada pels seus mateixos fonaments de dret, que aquesta Sala comparteix fil per randa”.

Los actores recurrieron en casación planteándose ante la Sala civil del TSJCat la

interpretación que debía realizarse del art. 9 de la ley 23/2001 a cuyo tenor:

“El contrato de cesión de finca o de edificabilidad es oponible ante terceros desde que se haya hecho su inscripción en el Registro de la Propiedad.”

La parte recurrente estimaba que la constancia en el Registro de la propiedad de las condiciones de la escritura sobre las cláusulas del contrato debía de conformidad con el art. 9 antes citado, afectar también al que adquirió la finca del cesionario quien no podía alegar su condición de tercero de buena fe y en consecuencia se obligaba también a entregar la obra.

Los actores recurrieron en casación planteándose ante la Sala civil del TSJCat la interpretación que debía realizarse del art. 9 de la ley 23/2001.

Tal alegación obligó a la Sala a entrar en el análisis del contrato suscrito, de las garantías posibles a favor del cedente, así como de la interpretación del art. 9 de la ley.

-El contrato suscrito por los litigantes

La ley reguladora del contrato de cesión de finca por obra futura admite dos modalidades de cesión en su art. 2. Así, mediante: a) *La transmisión total de una finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura.* O bien por: b) *La transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad.*

En el primer caso el contrato, seguido de la tradición - art. 531-1 CCCat- otorga al cesionario la plena propiedad del solar o parcela mientras que el cedente solo adquirirá la propiedad de la vivienda o local comprometido cuando concluya la obra y se produzca la tradición. Así se infiere de lo dispuesto en el art. 3.5 y 4 de la Ley 23/2001.

En la segunda modalidad, esto es, la cesión por transmisión parcial, se constituye una comunidad entre el cedente y el cesionario en la proporción que se determine. El cedente no se desprende de la totalidad de la cosa, como en el caso anterior, sino que comparte con el cesionario la propiedad de la finca cedida.



La titularidad compartida entre el cedente y el cesionario, con efectos reales frente a terceros, cobró virtualidad en el derecho estatal a partir de la Resolución de la DGRN de fecha 16 de mayo de 1996 y motivó que el RD 1867/1998 de 4 de septiembre diese al art. 13 del RH una nueva redacción conforme a la cual:

“En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma expresa en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.”

De dicho redactado se desprendía la posibilidad de que el contrato de cesión tuviese

un contenido real oponible a terceros siempre que la finca a ceder como contraprestación estuviese perfectamente identificada y se hubiese pactado la transmisión actual de los pisos o locales del edificio, presumiendo la norma, en estos casos, la creación de una comunidad entre cedente y cesionario del solar (tal y como había resuelto la DGRN en la resolución de 16 de mayo de 1996 y luego de la STS, Sala 3ª las de 13 de julio de 2005 o de 7 de mayo de 2009).

La introducción del precepto se estimaba necesaria para dotar al cedente de mayores garantías, en tanto que, de conformidad con lo dispuesto en el art 2 de la LH y 7, 9 y 51 del Reglamento, solo podían acceder al Registro de la Propiedad los actos o contratos con trascendencia real y no su contenido obligacional, salvo los que alguna norma exceptuase como el caso del contrato de arrendamiento (art. 2.5 LH) o el derecho de opción (art. 14 del RH).

Sin embargo, los tres primeros párrafos del art. 13 RH fueron anulados por el Tribunal Supremo, Sala 3ª mediante Sentencia de 31 de enero de 2001, tanto por el rango reglamentario de esta norma como por no respetar la teoría del título y del modo.

Por su parte, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, Sala 1ª, se ha pronunciado reiteradamente sobre el contenido obligacional del contrato de permuta. Así STS de 13 octubre de 2010, 14 febrero 2011 o 29 de junio de 2016.

-Garantías a favor del cedente en la ley catalana 23/2001.

La introducción del precepto se estimaba necesaria para dotar al cedente de mayores garantías, en tanto que, de conformidad con lo dispuesto en el art 2 de la LH y 7, 9 y 51 del Reglamento, solo podían acceder al Registro de la Propiedad los actos o contratos con trascendencia real y no su contenido obligacional.

La ley catalana permite que el cedente pueda pactar con el cesionario para proteger su posición jurídica desde la cesión hasta la entrega de la cosa futura, garantías personales o garantías reales como sería



una hipoteca, expresamente excluida como obligatoria en la ley, como se infiere de su *iter* parlamentario.

En concreto el acta del Pleno del Parlament de fecha 17-12-2001, en el cual se aprobó la norma se lee: *“No s’ha considerat convenient reforçar la posició del cedent, garantint l’efectiva i completa realització de l’obra, a través de l’exigència obligatòria de la seva constitució, d’un dret d’hipoteca sobre la finca o la quota que d’aquesta ha adquirit, o de qualsevol altra garantia, en compliment de l’obligació del cessionari de construir i entregar determinats pisos o locals al cedent. El cedent i el cessionari poden, lògicament, en el lliure exercici de l’autonomia de la voluntat, estipular les garanties que tinguin per convenients...”* Diari de Sessions del Parlament de Catalunya nº 73.

Entre estas garantías se encuentra el aval bancario o la condición resolutoria explícita, expresamente contempladas en la Ley 23/2001 como posibles mediante pacto, o cualesquiera otras previstas en el ordenamiento jurídico que, de tener carácter real, accederán al Registro de la propiedad y serán oponibles a tercero.

Como más novedosa, la Ley 23/2001 introduce la resolución cautelar a instancia del cedente, después de un requerimiento fehaciente, cuando la licencia de obras no se ajuste a los pactos acordados, si la cesión fue previa a su obtención, o bien, con carácter general cuando las obras no se hayan iniciado en el término pactado por causa que no sea imputable al cedente (art. 3.4).



-Interpretación del art. 9 de la ley 23/2001

Afirma la Sala que en el contexto legal expuesto es en el que debe ser interpretado el artículo 9 de la ley pues la determinación de lo que puede tener acceso al Registro de la Propiedad viene regulado en la ley Hipotecaria y en su Reglamento siendo competencia exclusiva del Estado la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE).

En concreto, los arts. art 1.1, 2, 11 y 98 de la LH y los art. 7, 9, 13 y 51 del Reglamento Hipotecario, impiden que la contraprestación pactada como obligacional pueda ser considerada como carga real de la finca.

El art. 9 de la ley deberá ser interpretado, en consecuencia, en el sentido más coherente tanto con el sistema de garantías específico previsto en los art. 3 y 6 a 8 de la Ley 23/2001, como con nuestro sistema hipotecario. De este modo, tendrán trascendencia real y por tanto oponible *erga omnes*, aquellas cláusulas del contrato que participen de esta naturaleza (la transmisión de la propiedad al cesionario, condiciones resolutorias o hipotecas voluntarias....) pues ya hemos visto que el art. 13.4 del RH en su actual redacción no confiere efectos reales a la inscripción de la contraprestación de la permuta pactada con efectos obligacionales.

La Sala recuerda que así se había expuesto en la sentencia antes comentada y también en la STSJCat nº 7/2015 de 27 de enero.

Sentada la doctrina anterior, la Sala intentó darle un significado al art. 9 de la ley diciendo:

"Con todo, y puesto que en esta estricta interpretación la introducción del art. 9 de la ley carecería de toda razón - no parece que la alusión al término contrato en lugar de título tenga un sentido diferente al del art. 1.1 de la LH- al no suponer más que una distinta formulación del art. 32 de la LH, esto es, que lo que no está en el Registro no es oponible a terceros, y en la medida en que dicho artículo fue incluido en su día a través de una enmienda que se presentó en el Parlament de Catalunya sin motivación o justificación alguna, por lo que carecemos de la interpretación auténtica del legislador, no es posible no otorgar a dicha norma, para su plena efectividad, ciertos efectos relacionados con la publicidad que se haya dado al contrato en el Registro de la Propiedad, en el sentido de tener un valor cuanto menos informativo de las circunstancias en las que se concluyó el negocio y de las obligaciones que contrajo el promotor con los cedentes, cuando se hicieron constar en el Registro, como es el caso.

Dicha publicidad no lo será de la situación jurídico-real de la finca -así se deduce de las certificaciones registrales obrantes en autos en las que no se consigna como tal- pero es claro que impedirá alegar desconocimiento del contrato y de las obligaciones concluidas por el promotor con los cedentes.

Efectivamente, como establecen las sentencias de instancia, en el contrato de autos, tal y como fue concebido por las partes, la contraprestación no tenía efectos reales

puesto que no se configuró una comunidad entre cedente y cesionario, no se garantizó la contraprestación con hipoteca, ni se pactó una condición resolutoria expresa, y aunque pudiésemos entender el derecho de los cedentes como un ius ad rem (solamente vocación al derecho real), como parece admitir la RD-GRN de fecha 24 de junio de 2009, lo cierto es que difícilmente podría catalogarse como un ius in re (derecho real consolidado), oponible erga omnes.

No obstante, es igualmente cierto que las condiciones del contrato y la obligación del cesionario llegaron a publicitarse en el Registro y por tanto a ser conocidas por quien adquirió el solar en las mismas condiciones jurídicas que lo obtuvo el cesionario antes de la división de la finca en régimen de propiedad horizontal."

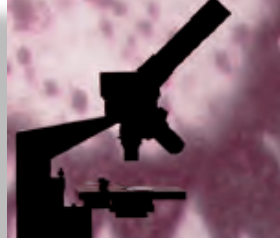
Como quiera que en el recurso se alegaba también la infracción del art. 111-7 del CC, analizó la Sala civil si podía aplicarse dicho artículo a la situación producida teniendo en cuenta que los actores no habían solicitado la resolución del contrato sino su cumplimiento específico.

-El principio de buena fe establecido en el art. 111-7 y su aplicación en el caso de autos

La Sala de casación se pronunció en el sentido de no compartir el criterio de las sentencias de instancia, las cuales no habían dado valor informativo alguno a los datos sobre el contrato que constaban en el Registro ateniéndose al sentido estricto del art. 1257 párrafo 1º del CC a cuyo tenor los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos.

Y ello por cuanto no tomaba en consideración otros preceptos legales como es el art. 111-7 del CCCat que consagra el principio de buena fe y de la honradez en los tratos en las relaciones jurídicas privadas, principio que impregna todo el ordenamiento civil de Cataluña y en todos sus ámbitos, ni la doctrina del Tribunal Supremo, Sala 1ª que, en aras del mismo principio, ha venido modulando el principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1257 del CC.

Así la Sala Civil hizo aplicación de la doctrina de la STS, Sala 1ª de 6-11-2014, o la de 6-10-2015 que con mención de otras anteriores, singularmente la de 8-4-2015, y después de constatar como principio general que los contratos sólo producen efecto



entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (STS de 23 de julio de 1999 ,9 de septiembre de 1966), termina considerando que tal principio puede ser modulado en función de las circunstancias particulares del caso.

De este modo el Tribunal Supremo ante la petición de los cedentes al promotor de la entrega de la finca comprometida libre de cargas y gravámenes, en particular, libre de una hipoteca a favor de una entidad bancaria que mantenía en aquel procedimiento idénticas alegaciones a las que argumentó J. SL en nuestro pleito, afirma que el principio de *relatividad* no es tan absoluto que no pueda extenderse a personas que no han intervenido en lo pactado en el contrato (STS 9 de febrero de 1965), así como que los causahabientes a título singular (compraventa) no son terceros (STS 1 de abril de 1977 y 24 de octubre de 1990), trascendiendo a estos los derechos y obligaciones del contrato, con excepción de los personalísimos, al penetrar los causahabientes en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante (STS 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984).

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que los terceros tienen un deber de respeto del derecho de crédito ajeno que es una consecuencia del deber general de respeto de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas que integraban la esfera jurídica de los demás, y del más genérico aún de “neminem laedere”.

Doctrina que, aunque elaborada fundamentalmente en orden a la transmisión de los derechos a título singular, extiende también a las obligaciones, aludiendo con cita de las SS de 11 de abril de 2011, o 28 de marzo de 2012, a que el principio de relatividad de los efectos de los contratos no se ha mantenido de un modo general y abstracto sino de una manera concreta y determinada y que dentro de esta concreción, la doctrina y la jurisprudencia han centrado su atención en las adquisiciones a título singular y por



actos inter vivos del dominio de un bien y los contratos que el causante hubiera celebrado con referencia al mismo antes de la transmisión...A pesar, pues, de la relatividad de los contratos, en ocasiones se ha impuesto al contratante la necesidad de soportar los efectos de aquellos contratos precedentes que celebró quien le trasmite, si influyen en el derecho que se le trasmite, razón por la que no se le reputa tercero en el orden civil (STS 5 de octubre de 1965).... La cuestión presenta un evidente punto de contacto con las obligaciones «propter rem» (por razón de la cosa) constituidos en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, como añaden las recientes sentencias de la Sala antes citadas, pues tales obligaciones van necesariamente unidas a una titularidad jurídico-real, de modo que su vinculación para el adquirente es necesaria consecuencia de la transmisión del derecho real.”

El TS contempló también la cuestión desde el punto de vista de los principios hipotecarios estableciendo que *tratándose de compromisos que afecten a la consistencia, existencia y demás circunstancias del derecho transmitido, que se puedan tildar de reales se habrá de estar a las salvedades que procedan de la aplicación de principios hipotecarios, debiendo ser tenida en cuenta la protección registral o, al menos, el conocimiento por el causahabiente a título particular, y termina exigiendo que planteándose la oponibilidad del contrato para que sea respetado por terceros, será preciso su publicidad o el conocimiento de aquel por éstos...*”.

La STS, Sala 1ª de 8 de abril de 2015 exponía que “Tal exigencia late en nuestra

jurisprudencia, pues una cosa es que tratándose de un gravamen real o de una obligación inherente a la titularidad de la cosa, susceptible de ser calificada como una obligación propter rem, suponga la subrogación de los sucesivos titulares del inmueble, y otra que no sean necesarios determinados presupuestos para que se encuentren vinculados por obligaciones de tal naturaleza que inciden en la determinación o limitación del dominio de la cosa adquirida.”

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que los terceros tienen un deber de respeto del derecho de crédito ajeno que es una consecuencia del deber general de respeto de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas que integraban la esfera jurídica de los demás, y del más genérico aún de «neminem laedere».

El TSJCat valoró en el caso para casar la sentencia de la Audiencia que J. SL, administrada por la esposa del administrador de G. SL, conocía el contrato suscrito por su esposo con los actores, tanto por su relación de parentesco con quien lo firmó, como porque los compromisos adquiridos constaban en el Registro de la Propiedad, asumiendo además al parecer las obligaciones contraídas por G. SL en la construcción del edificio y adoptó la posición del cesionario, por lo que al adquirir todo el solar debió también asumir las obligaciones conocidas como era la de ceder una de las viviendas del edificio a construir a los primitivos propietarios de la parcela.

Entendimos que así lo exigía el art. 111-7 del CCCat pues el principio de buena fe se



establece con el fin de evitar los perjuicios irrogados a personas de buena fe frente a quienes observan una conducta dolosa de la que se derivan perjuicios directos sobre los primeros.

Por todo ello, casando la Sentencia se condenó a J. SL a cumplir *in natura* la obligación contraída en su momento por G. SL, en tanto que ésta era la pretensión ejercitada, no siendo necesario que se instase la nulidad de la adquisición del solar por J. SL cuando dicha sociedad estaba en condiciones de cumplir con lo pactado al mantener bajo su dominio una de las dos entidades construidas.

2.- Derecho de Sucesiones

La carencia de relación continuada como causa de desheredación entre el causante y el legitimario en el Código civil de Cataluña. Las Sentencias del TSJCat de 8 de enero de 2018 y de 31 de mayo de 2018.

-La evolución de la legítima en el derecho sucesorio catalán

Como sabemos, la legítima es una atribución de contenido patrimonial que la ley reserva en una sucesión a determinadas personas por su relación familiar con el causante.

La participación, sobre todo de los hijos, en la riqueza creada por los padres ha sido una constante en el derecho civil catalán, como en otros de nuestro entorno. En Cataluña, no sin ciertas oscilaciones, se

consagró el sistema de cuarta del derecho justinianeo, y el heredero la podía pagar en dinero o en bienes de la herencia.

La Compilación del derecho civil de Cataluña (CDCC) del 21.7.1960 ya regulaba la institución y la Exposición de motivos del Código de sucesiones de 1991, reiteraba el carácter de la legítima como aquella institución que atribuye a determinadas personas el derecho a exigir de los herederos unas atribuciones concretas.

Con la promulgación del libro IV del Código civil catalán, incluso conservando la institución (...), se producen algunas variaciones importantes en la línea de restringir estos derechos.

También ha sido una constante en nuestro derecho el debilitamiento progresivo de la institución, dado que estaba recogida en la Compilación del derecho civil de Cataluña como un derecho casi real. Con la modificación sufrida por la Ley 8/1990 evolucionó a derecho personal del legitimario contra el heredero, al desaparecer la mención legitimaria, y se mantuvo con la misma forma en el Código de sucesiones de 1991, en que también se reguló el desheredación.

Con la promulgación del libro IV del Código civil catalán, incluso conservando la institución -a pesar de la polémica doctrinal

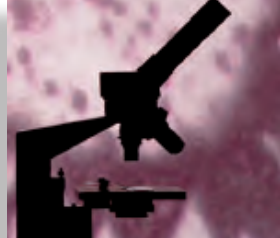
surgida, puesto que una parte de la doctrina se inclinaba por su supresión-, se producen algunas variaciones importantes en la línea de restringir estos derechos, iniciadas con la modificación del año 1990, singularmente en materia de desheredación, puesto que las causas se amplían en el libro IV del Código civil catalán aprobado por la Ley 10/2008.

-Las causas de desheredación en el Código civil de Cataluña

Cómo se dijo en la Sentencia del TSJCat 32/2009, de 6 de septiembre de 2010, con remisión a la del TSJCat 10/2003, de 24 de abril:

«la desheredación tiene como finalidad privar el legitimario de su derecho a la legítima, siempre que se cumplan los requisitos legales y siempre que, además, impugnándolo el desheredado, el heredero puede probar la certeza y la suficiencia de la causa invocada por el testador. A diferencia otros ordenamientos de nuestro entorno, que no regulan el desheredación, sino tan sólo la indignidad sucesoria (el francés, el belga o el italiano), nuestro ordenamiento, conforme a las fuentes romanas que reconocían, entre otros «causas justas de ingratitud», la «injuria grave y deshonorosa» al testador ascendente o haberlo «acusado en causas criminales, que no son contra el príncipe o contra la república» (novela 115 de Justiniano, capítulo III), reconoció desde tiempo antiguo la facultad del testador de excluir nominalmente a ciertos parientes de su herencia (usatge exheredare, constituciones y otros derechos de Cataluña, libro 6, título 3) en virtud de determinadas causas graves de ingratitud y de falta de respeto, que suponían una ruptura de deberes familiares básicos («dichos padresgenitores pueden desheredar a sus hijos o hijas, nietos o nietas si lo s hubiere tan atrevidosque sacudieren grave mente a su padre o madre, abuelo o abuela, o las deshonraron, o las acusaron en juicio de algún crimen...»), si bien es cierto que la regulación contenida en la CDCC de 1960 se limitó a una simple referencia a la desheredación injusta (art. 141 CDCC), y que no fue sino hasta la promulgación del Código de sucesiones de 1991 (artículos 368 y seg.) que se dispone de una norma [...]».

En el libro IV del Código civil catalán, las causas de desheredación se prevén en el artículo 451.17.



Además de las causas de indignidad que establece el artículo 412.3 también lo son: la denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en los que exista la obligación legal de prestarlos; el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador; la suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legítimo sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legítimo sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad, y por último, *la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legítimo, si es por una causa exclusivamente imputable al legítimo*, que es objeto de las dos Sentencias del TSJCat que se comentan.

Así, encontramos la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, del 3 de junio de 2014, y la más moderna, del 30 de enero de 2015, las cuales expresan que la enumeración tajante de las causas de desheredación, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, no significa que la interpretación o valoración de la causa concreta, previamente admitida por la ley, tenga que ser realizada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

En el Preámbulo de la norma se recuerda que se mantiene la *«legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir la reclamación»*.

De este modo, no sólo se modifica la redacción de alguna de las causas de desheredación recogidas antes en el Código de sucesiones (así la causa 451.17.2.c, en la cual se suprime que el maltrato tenga que ser de obra y se amplía el ámbito subjetivo de los afectados: «El maltrato grave al testador o a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendientes del testador»), sino que se añade otra



más novedosa, que es *«la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legítimo, si es por una causa exclusivamente imputable al legítimo»*.

El legislador, en el preámbulo del libro IV, ya constata la posibilidad que la norma sea una fuente de litigios, pero destaca ante este riesgo *«el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que está subyacente»*.

Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad.

La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. A pesar de todo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido porque el legítimo ha incurrido en alguna de las conductas reprobables previstas a la ley, es legítima su privación.

Cómo dice la Sentencia del TSJCat, de 2 de febrero de 2017: *“No sería equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al apoyo y ayuda de todo tipo que estas comportan, después sea beneficiado por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales”*.

–La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a los malos tratos de obra del art. 853.2 del Código civil.

El Tribunal Supremo, consciente de la evolución de la sociedad, que no comprende como la ley puede reservar hasta dos tercios de las herencias (es la legítima del derecho castellano) a legítimos con vínculos de sangre pero que no tienen prácticamente relación con el testador por discrepancias y enfrentamientos personales continuados en el tiempo, en detrimento de las personas que han tenido un vínculo afectivo más cercano, ha ampliado el concepto de maltrato de obra para incluir también los malos tratos de cariz psicológico.

Así, encontramos la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, del 3 de junio de 2014, y la más moderna, del 30 de enero de 2015, las cuales expresan que la enumeración tajante de las causas de desheredación, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, no significa que la interpretación o valoración de la causa concreta, previamente admitida por la ley, tenga que ser realizada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

«Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil Legislación citada CC art. 853.2), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. De modo que en la actualidad, el maltrato psicológico, como «acción que



determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima», debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en «la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CLE Legislación citada CE art. 10)»; como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, «no solo como cánón interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012, de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de favor testamenti (STS 624/2012, de 30 octubre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 30-10-2012 (rec. 797/201)».

Así, en la STS 258/2014 el desprecio y el abandono familiar del padre durante los últimos años de vida por parte de sus dos hijos se consideró una causa justa de desheredación y en la STS 59/2015 se estimó la concurrencia de maltrato psicológico continuado de un hijo en relación con su madre por el hecho de haberle privado de manera fraudulenta de su patrimonio inmobiliario, lo cual le provocó notables

apuros económicos en los últimos años de vida.

Pues bien, esta doctrina también se ha aplicado en Cataluña bajo la vigencia del Código de sucesiones (CS), no sólo porque la redacción del precepto era, en ambos casos (CS y CC), prácticamente idéntica, sino porque la legítima es una institución más frágil y débil en la legislación catalana que en la del Código civil y porque la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán.

En este sentido, la STSJCat, de 2 de febrero de 2017, apreció la validez de la desheredación hecha por la causante, abuela del legitimario, por motivo del maltrato psicológico, atendido el abandono de este hacia los abuelos al final de sus vidas en un medio rural. En la Sentencia también se remarca que no se puede identificar el maltrato incardinable, si acaso, en el núm. 3 del artículo 370 del CS, con el mero distanciamiento de la relación familiar que no estaba recogida como causa de desheredación en el CS.

En el libro IV del Código civil de Cataluña ambas causas se regulan por separado, de forma que el apartado e del artículo 451-17.2 se refiere estrictamente a la ausencia de relación familiar, pero no incluye otras formas patológicas de relación entre el causante y el legitimario, ya recogidas en las causas precedentes.

A diferencia de la ausencia continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, el maltrato grave puede

ir dirigido no sólo contra el testador o la testadora, sino también contra su cónyuge, pareja de hecho, ascendientes o descendientes, cosa que no ocurre con la carencia de relación familiar, que se circunscribe al causante y al legitimario.

2.-a) La S. TSJCat de 8 de enero de 2018

Según la doctrina, siguiendo la normativa legal, el presupuesto de aplicación del precepto es la ausencia de relación familiar, cosa que sugiere que no lo es una relación personal escasa o esporádica, dado que la falta de trato tiene que ser prácticamente completa; además, tiene que ser manifiesta y continuada. El requisito de que la ausencia de relación familiar sea manifiesta tiende a facilitar la prueba de la causa de desheredación, puesto que de haber trascendido, por su gravedad y persistencia del ámbito familiar, la prueba puede ser facilitada por testigos ajenos. En relación con el requisito de la continuidad, la ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto pero, está claro, que tiene que ser el suficiente para entender la situación como consolidada.

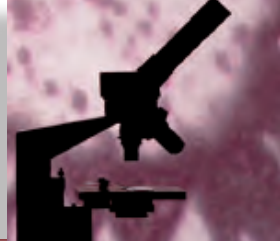
Además, se requiere que el distanciamiento sea exclusivamente imputable al legitimario, lo cual exige entrar en las causas o motivos que llevaron al causante y al legitimario a la situación mencionada y la conducta seguida por ambas partes, es decir, en la valoración de elementos de carácter subjetivo.

Teniendo en cuenta la fecha de la entrada en vigor del libro IV del Código civil de Cataluña, no existe un número elevado de sentencias de las Audiencias sobre esta causa de desheredación, pero a la Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya ha llegado el primer caso, que Sala resolvió en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de enero de 2018.

-Supuesto de hecho

1.- Severino y Estrella contrajeron matrimonio en 1972, fruto del cual nacieron las hijas Dulce (1973) e Isidora (1977).

2.- Severino y Estrella se separaron de hecho el noviembre de 1980, lo cual provocó que Estrella se fuera a vivir -con las hijas de 7 y 3 años- a Girona, mientras él permanecía en el domicilio que había sido



familiar.

3.- La Sentencia de 10 de junio de 1983 aprobó el divorcio de mutuo acuerdo de Severino y Estrella, y el día 5 de marzo de 1989 Severino se casó con María Inmaculada, con quien no tuvo descendencia.

La Sentencia dice que partiendo de la base que la legítima es una institución de derecho sucesorio fundada en la solidaridad intergeneracional entre la familia (...), y que la privación correlativa de este derecho tiene que fundamentarse en la existencia de una de las causas previstas a la ley que demuestren un comportamiento contrario a los principios de respeto, asistencia recíproca y solidaridad que caracterizan a la familia en sentido amplio (...), es natural que la causa hecha valer por el testador tenga que existir inexcusablemente en el momento en que se formaliza la desheredación.

4.- Severino murió el 7 de octubre de 2013 a la edad de 65 años y dejó establecido en su último testamento, otorgado ante notario el 30 de octubre de 2012, que instituía heredera universal a su mujer María Inmaculada al mismo tiempo que desheredaba a las hijas Dulce e Isidora con la fórmula siguiente: «nada lega en concepto de legítima a sus hijas Dulce y Isidora por haber incurrido en la causa prevista en el artículo 451-17 del vigente Código de sucesiones de Cataluña, Ley 10/2008 de 10 de julio (la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario)»

5.- La demanda de nulidad de la desheredación fue promovida por las hijas del testador el 9 de mayo de 2014.

6.- Las sentencias de primera y segunda instancia recaídas en el proceso coincidieron al afirmar que la desheredación de las hijas del testador era injusta. En particular, la



sentencia de apelación subrayó (i) que la carencia de relación familiar continuada entre ellas y su padre desde el divorcio de los progenitores hasta el año 2010 es un hecho no controvertido y no imputable a las hijas, atendida la «posición preeminente del padre» en aquel largo periodo, y (ii) que el intento de reencuentro que hubo a partir del año 2009, obedeciera a la iniciativa del padre o de ellas, manifestado en los años 2011-2013 sobre todo en contactos por Facebook, por teléfono e incluso con una visita presencial entre los tres, no cuajó en una relación normalizada debido a los «muchos años de distanciamiento», sin que ello suponga un rechazo explícito al restablecimiento de las relaciones con el padre por parte de las hijas ni una «profunda desavenencia» entre ellos, razones por las cuales no podía hacérselas responsables exclusivas del fracaso.

La heredera formuló recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia.

Se plantearon dos cuestiones en el recurso: en primer lugar, el criterio temporal de valoración de la existencia de la causa de desheredación y, en segundo lugar, la propia existencia de la causa.

La parte recurrente fundamentaba su recurso en la afirmación de que la valoración de la existencia de la causa de desheredación prevista en la norma mencionada «se tiene que hacer tomando en consideración sólo los hechos acontecidos en fecha anterior a la del testamento, puesto que estos serían, eventualmente, los que explicarían la decisión del difunto».

La Sentencia dice que partiendo de la base que la legítima es una institución de derecho sucesorio fundada en la solidaridad intergeneracional entre la familia (el artículo 39.1 de la Constitución española insta los poderes públicos a asegurar «la protección social, económica y jurídica de la familia»), y que la privación correlativa de este derecho tiene que fundamentarse en la existencia de una de las causas previstas a la ley que demuestren un comportamiento contrario a los principios de respeto, asistencia recíproca y solidaridad que caracterizan a la familia en sentido amplio (artículo 451-17 del Código civil de Cataluña), es natural que la causa hecha valer por el testador tenga que existir inexcusablemente en el momento en que se formaliza la desheredación, puesto que en caso contrario nos encontraríamos ante una declaración de voluntad ineficaz por carencia de fundamento.

Esta conclusión, pero, es perfectamente compatible con el hecho que el comportamiento posterior del mismo causante o del legitimario desheredado pueda ser tomado en consideración, no ya sólo para probar una reconciliación o perdón eventual, que pueden ser anterior o posterior a la desheredación cuya carga de la prueba corresponde al desheredado (artículos 451-19.1 y 451-20.2 del Código civil de Cataluña), sino principalmente, ya en la perspectiva específica del artículo 451-17.2 del mismo Código a efectos de probar la existencia o no de relación familiar en el momento de la desheredación, o para averiguar la imputabilidad de la carencia

continuada de relación familiar al causante, al legitimario o a los dos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió que la Sentencia de la Audiencia era correcta puesto que, por un lado, analizó la causa de la carencia absoluta de relación entre el causante y sus hijas desde el año 1989 hasta el 2009 concluyendo que este distanciamiento no era imputable de ninguna forma a las hijas debido a la posición entonces preeminente del padre y al enfriamiento de los vínculos entre hijos y progenitores -principalmente con el no custodio, como era el caso- que comportan en demasiadas ocasiones las crisis conyugales; y por otro lado, porque aprecia que después de un contacto esporádico en 2009, que tuvo un significado de tipo más bien administrativo (inclusión de Dulce como beneficiaria en la cartilla sanitaria española del padre), los contactos entre el padre y las hijas se retomaron más tarde “por Facebook, por teléfono y al menos una visita presencial de las hijas a su padre”.

Explica la Sentencia (la traducción es nuestra) que:

“Dado que la fecha clave para verificar la existencia de la causa de la desheredación litigiosa es la del día 30 de octubre de 2012, la comprobación tiene que hacerse teniendo en cuenta primordialmente las comunicaciones por Facebook, pero sin prescindir radicalmente -como pretende la parte recurrente- de los hechos posteriores, por cuanto la conducta llevada a cabo por las legitimarias en relación con su padre después de aquella fecha (comunicaciones telefónicas y visita personal) también se tiene que valorar como muestra de un supuesto restablecimiento de relaciones que haría la función de reconciliación por medio de los actos de significación indudable a qué alude el artículo 451-19.1 del Código civil catalán o, cuando menos, como evidencia de la disposición de las mismas hijas a este restablecimiento.

En consecuencia, la Sentencia objeto de recurso no incurre en la vulneración legal denunciada en este motivo del recurso por el hecho de haber valorado -si bien sin la distinción cronológica conveniente de los hechos- la concurrencia de la causa de desheredación formalizada en un testamento notarial de octubre de 2012 atendiendo las circunstancias concurrentes hasta esta fecha, pero también en función de los hechos

ocurridos en los doce meses posteriores -hasta la muerte del testador- sumamente reveladores de la evolución de las relaciones personales entre el padre testador y las hijas legitimarias.”

En cuanto a la causa prevista al artículo 451-17.2 del Código civil de Cataluña, la Sentencia dice que si la desheredación tradicional consiste en la sanción impuesta al legitimario que tiene un comportamiento contrario a los deberes familiares básicos (denegación de alimentos, maltrato grave de obra, incumplimientos de los deberes de la potestad parental), con la nueva causa de desheredación el legislador da un paso adelante consciente que el modelo familiar actual pone más énfasis en los vínculos afectivos que en el parentesco, y considera una causa justificada de pérdida de la legítima la ruptura afectiva entre el causante y el legitimario manifestada simplemente a través de “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar» entre ellos, siempre que la ausencia mencionada sea exclusivamente imputable al legitimario.

Aplicando los criterios de causalidad adecuada vinculados a las circunstancias del caso, no sería causa de desheredación la desaparición del vínculo afectivo si fue imputable al causante ni tampoco si lo era en partes significativas al propio causante y al desheredado.

Continúa diciendo que:

“La regla presupone que el vínculo de parentesco en los grados que dan lugar a la legítima crea naturalmente una relación familiar, entendida como relación cercana (puede servir de canon interpretativo la expresión «trato familiar», empleada por el artículo 443-5 del Código civil catalán) no necesariamente convivencial, de forma que la ausencia «manifiesta y continuada» -se requiere, por lo tanto, una cierta notoriedad y continuidad en el tiempo- de relación familiar es una causa justa de desheredación, si bien la carencia de relación tiene que ser imputable en exclusiva al legitimario, no en balde se trata indiscutiblemente de una sanción civil”.

Por lo tanto, la causa de desheredación no se daba.

Aplicando los criterios de causalidad adecuada vinculados a las circunstancias del caso, no sería causa de desheredación la desaparición del vínculo afectivo si fue imputable al causante ni tampoco si lo era en partes significativas al propio causante y al desheredado.

Recuerda la Sentencia que el proyecto de ley inicial del libro IV ampliaba considerablemente el alcance de esta causa de desheredación, por cuanto tan sólo exigía que la situación de «rotura manifiesta y continuada en el tiempo de la relación familiar» no fuera por causa exclusivamente imputable al causante.”

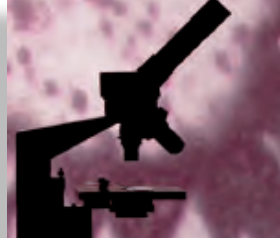
Partiendo de las bases expuestas, el recurso se desestimó.

Con todo, la Sentencia reconoce que:

“En el caso de una ausencia de relación prolongada entre un progenitor y su hijo a consecuencia del simple enfriamiento del vínculo afectivo, si cualesquiera de ellos intenta con actos de indudable significación el restablecimiento de la relación y se encuentra con la negativa pertinaz e injustificada del otro, este último comportamiento puede considerarse suficiente para apreciar la causa de desheredación del artículo 451-17.2 e del Código civil de Cataluña, por cuanto hace imposible y por una causa sólo imputable a él la recuperación de la normalidad familiar.”

Aún así, niega que en el caso del litigio se hubiera producido esta situación, puesto que del contenido de las comunicaciones entre el padre y las hijas se infería que la reacción de las hermanas no consistió en un rechazo tajante al restablecimiento de relaciones propuesto por el padre por la intermediación de una amiga de la infancia, sino una respuesta cautelosa a las propuestas de retomar unas relaciones inexistentes durante una veintena larga de años y que, por lo tanto, exigían un periodo de instauración progresivo que se vio truncado por la muerte del padre.

En definitiva, la Sala concluyó que la carencia de relación familiar verdadera entre el testador y sus hijas no podía calificarse «de exclusivamente imputable» a ellas, razón por la cual su desheredación fue calificada de injusta.



2.-b) La S. TSJCat de 31 de mayo 2018

-Supuesto de hecho

1.- Antonio y Felisa contrajeron matrimonio en el año 1962, fruto del cual nacieron los hijos José (1963), Pedro (1967) y Pascual (1968);

2.- Antonio abandonó el domicilio familiar en el año 1977, razón por la cual el 12 de julio de aquel mismo año se dictó sentencia eclesiástica de “separación de lecho, mesa y habitación”, seguida por la interlocutoria de separación provisional dictada por un juzgado civil el 29 de diciembre de 1978 que otorgaba la guarda de los tres hijos menores de edad a la madre con un régimen de visitas y estancias con el padre que nunca se llevó a cabo por su inacción;

3.- el 28 de febrero de 1993 Antonio, divorciado de Felisa, se casó con Lourdes;

4.- Antonio murió en Barcelona en el año 2013 a la edad de 75 años, dejando establecido en su último testamento, otorgado el 18 de diciembre de 2010 ante notario, que desheredaba a los tres hijos de su primer matrimonio “por no tener ninguna relación familiar con ellos por causas imputables exclusivamente a los legitimarios”, añadiendo a continuación el testador estas palabras: “quiere dejar constancia que la relación es inexistente y que, durante su importante y larga enfermedad de la cual ha estado convaleciente en el hospital en varias ocasiones, no han venido nunca a verlo ni han preguntado por él”; a continuación, instituía heredera universal su segunda esposa Lourdes;

5.- la demanda de nulidad de la desheredación fue promovida por los hijos del testador el 26 de marzo de 2014;

6.- la sentencia de primera instancia declaró justo el desheredación de los hijos del testador por cuando la total carencia de relación familiar con el padre

les era exclusivamente imputable, como lo patentizaría que no se hubieran interesado por la salud del padre a pesar de las continuas hospitalizaciones que sufrió por las diversas patologías que presentaba, hasta el punto que ni siquiera asistieron a su entierro.

7.- la sentencia de segunda instancia revocó la del juzgado acogiendo la acción de los legitimarios demandantes, subrayando (i) que la indiscutible continuada carencia de relación familiar entre ellos y su pare se inició con el abandono del domicilio familiar por parte de este, cuando los hijos apenas tenían entre 14 y 9 años, (ii) que el padre no satisfizo ninguna cantidad para hacer frente a los alimentos de sus hijos una vez salió de la vivienda familiar y que –salvo esporádicas visitas al patio del colegio donde estudiaban para verlos de lejos– tampoco hizo ningún intento serio de contactar con ellos a pesar de tener reconocido judicialmente un régimen de visitas durante la minoría de edad, (iii) que no consta que los hijos tuvieran conocimiento de la última enfermedad del padre, y (iv) que tampoco consta que los hijos dejaran de asistir al funeral de su padre.

Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la heredera, el TSJCat lo desestima.

En el mismo sentido que la anterior Sentencia, la Sala civil dijo que en esta causa de desheredación, ausencia ininterrumpida de relación familiar, era preciso examinar su naturaleza de continuada y manifiesta y valorar su imputabilidad al legitimario o al propio testador teniendo en cuenta toda la duración de la carencia de relación, sin que tenga ningún sentido restringirla a la época inmediatamente anterior a la formalización del desheredación.

Desde este punto de vista, la aplicación por parte de la sentencia de la Audiencia provincial del artículo 451-17.2, e del CCCat era ajustada a la letra y al espíritu,

puesto que la exclusiva imputabilidad al señor Antonio de la carencia continuada de relación –prolongada más allá de tres décadas– con los hijos nacidos de su primer matrimonio derivaba de una doble circunstancia: del hecho que fuera él quien abandonó el domicilio familiar cuando los hijos sólo tenían 14, 10 y 9 años de edad; y de la carencia de actuaciones por parte suya durante todos estos años dirigidas a retomar el contacto con los hijos.

-Conclusiones que se derivan de ambas sentencias

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que los criterios de la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para dar lugar o no a la desheredación por causa de ausencia de relación familiar manifiesta y continuada entre el causante y el legitimario son los siguientes:

a) El distanciamiento personal tiene que ser prácticamente absoluto y prolongado en el tiempo.

b) Procede el análisis de las razones o causas de la ausencia de trato familiar para comprobar si es imputable o no de forma exclusiva al causante o al legitimario por lo cual se tienen en cuenta criterios subjetivos.

c) La causa será rechazable, si es imputable a ambas partes.

d) Resulta especialmente problemática la aplicación de esta causa cuando, tratándose de padres e hijos, el distanciamiento se ha producido a raíz de la separación o divorcio de los padres cuando el legitimario era joven, suponiendo que tienen que ser los progenitores, que cuentan con más madurez personal, los que primordialmente tienen que realizar las actuaciones pertinentes para continuar o mantener la relación con los hijos.

*** Los datos personales de las Sentencias objeto de esta ponencia han sido cambiados.**

Representación de la sociedad. Cuestiones prácticas *

Leticia Ballester Azpitarte
Notario de Torredembarra

El principio que preside la representación de la sociedad mercantil es el de agilidad y celeridad del tráfico mercantil, mediante la protección del tercero que actúa confiando en la apariencia del desarrollo general de los negocios. Las sociedades actúan en el mercado a través de la representación orgánica (el órgano de administración), que puede estar constituido por un administrador único, varios que actúen solidaria o mancomunadamente (no pudiendo ser más de dos mancomunados en la sociedad anónima), o bien a través de un consejo de administración que actúe colegiadamente.

La representación orgánica se distingue de la voluntaria (la derivada del otorgamiento de poderes) en tres cuestiones fundamentales: primero, en que es necesaria (la sociedad no puede actuar de otra manera en el tráfico); segundo, en que su contenido se determina por la ley, no por el poder y las facultades específicamente conferidas en el mismo, a modo de “traje a medida”; y tercero, en que está supeditada al control de la junta general de socios (los poderes, en cambio, lo están al órgano de administración). Así pues, el ámbito de representación de los administradores, que está fijado por la ley, se interpreta ampliamente, mientras que el de los apoderados, que se determina por el contenido del po-

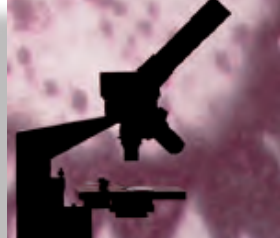


der, es objeto de interpretación restrictiva. Ello es importantísimo porque determina el baremo o el estándar de diligencia que tiene que demostrar el tercero que contrata con una sociedad.

Como regla general, ese tercero, si contrata con la sociedad a través de un apoderado (representación voluntaria), tiene que ver o cerciorarse del contenido del poder, comprobando que contempla en efecto la facultad que va a ejecutar ese apoderado y

siendo, en caso contrario, responsable de su negligencia, pues *el mandatario no puede traspasar los límites del mandato* (dice el art. 1714 del CC) y *el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, pero en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente* (art. 1727). En caso de que el apoderado se extralimite de sus facultades es, pues, imprescindible que la sociedad ratifique el

* Ponencia presentada en la Jornada “Notariado y Empresa: una visión práctica”, que tuvo lugar en la sede de Foment del Treball el pasado 28 de mayo.



acto, no teniendo por qué asumirlo en caso contrario.

En cambio, si el tercero con quien está contratando es con el administrador de la sociedad, lo único que tiene que controlar es que concurra en él todo el poder de representación (que estén los dos mancomunados, o el consejero delegado, -la estructura del órgano-), pero después ya puede descansar tranquilo, pues, como decíamos al principio, para garantizar la celeridad del tráfico mercantil, ya ha sido suficientemente diligente y va a resultar protegido por confiar en la apariencia. La razón de esto es el art. 234 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), que en su párrafo primero señala que *“la representación (aquí nos referimos exclusivamente a la orgánica) se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos”* y que *“cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”*. Estamos, por tanto, ante un ámbito mínimo e inderogable frente a terceros, que es el objeto social al que se dedica la sociedad, dentro del cual jamás van a resultar perjudicados por cualquier limitación a la gestión y administración que corresponde a los administradores, incluso aunque se haya hecho constar en el Registro Mercantil (en adelante, RM).

El origen de este artículo lo encontramos en la reforma societaria de 1990 que intentó aclarar la cuestión del ámbito de representación de los administradores, introduciendo lo que entonces era el art. 129 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, y prohibiendo la inscripción en el RM de la enumeración de las facultades de los administradores (arts. 124.4 y 185.6 de su Reglamento), salvo esas limitaciones que, como decíamos, son inscribibles, pero no producen efecto alguno frente a terceros. Así pues, se da la paradoja de que son ineficaces frente al resto la limitación de facultades inscritas, cuando precisamente la inscripción en el RM produce el efecto de la presunción de su conocimiento y la oponibilidad frente a terceros. Y yendo más allá, en estos casos, es absolutamente indiferente que el tercero que contrata con la sociedad sea de buena o mala fe ya que, salvo que actúe en auténtica connivencia con el administrador (en cuyo caso existe alguna excepción en la jurisprudencia), siempre se le va a proteger y a mantener en su adquisición, incluso aunque conociera el

contenido del Registro y la inscripción de la limitación.

Ilustremos lo anterior con un ejemplo. Los estatutos inscritos de una sociedad, o la escritura de nombramiento de un administrador, establecen la siguiente limitación: que no pueda operar, sin consentimiento de la junta, en operaciones superiores a un millón de euros. Si un tercero va a contratar con la sociedad y la operación supera esa cuantía, y simplemente firma el contrato el administrador único de la sociedad (sin consentimiento de los socios), la operación será inatacable, incluso si el tercero había ido antes al Registro o había tenido acceso a una copia de los estatutos o de la escritura de nombramiento y conocía la existencia de la limitación. Los socios sólo podrán resolver la cuestión internamente, exigiendo las responsabilidades pertinentes al administrador único, pero nunca yendo contra el tercero. En cambio, si el que actuaba en representación de la sociedad era un apoderado, y en el poder figuraba dicha limitación de un millón de euros, la sociedad no quedará obligada frente al tercero, sino únicamente el apoderado a título personal, salvo que voluntariamente la sociedad ratifique el negocio y asuma sus efectos.

En conclusión, del tercero se espera y se le exige que mire, revise y se cerciore del contenido del poder (...), si quien comparece en nombre de la sociedad es un apoderado; pero no que consulte o revise los estatutos de una sociedad de capital con quien contrata o la escritura de nombramiento de cargos, si su representante es el administrador.

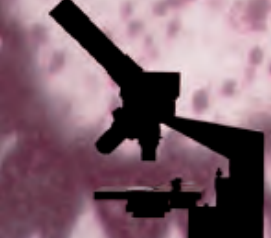
En conclusión, del tercero se espera y se le exige que mire, revise y se cerciore del contenido del poder (el estándar de diligencia es mucho mayor), si quien comparece en nombre de la sociedad es un apoderado; pero no que consulte o revise los estatutos de una sociedad de capital con quien contrata o la escritura de nombramiento de cargos, si su representante es el administrador. Ojo, porque esto no resulta aplicable a otras sociedades como la civil o la colectiva, donde la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es personal e ilimitada, y no resultan obligados por los actos que el administrador haya rea-



lizado más allá del objeto social, ya que para ello no prestaron su consentimiento.

Veamos ahora lo que dice el párrafo segundo del mismo art. 234: *la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social*. Salimos por tanto del ámbito de la extralimitación de facultades y nos situamos en el de los actos realizados fuera del objeto social. Solamente en estos casos, la solución es idéntica a la del caso anterior (se protege al tercero), pero con la exigencia de que actúe de buena fe y sin culpa grave. Y con culpa grave no se está refiriendo a que no haya ido previamente a consultar el RM, pues la buena fe no se pierde por que el objeto social esté inscrito.

Lo anterior es muy complejo de trasladar a la práctica, ya que existen ciertos actos que indirectamente están o pueden estar relacionados con el objeto social o que pueden calificarse de neutros respecto al mismo, por tanto podríamos concluir que el administrador obligará a la sociedad por cualquier acto, siempre que no sea claramente contrario al objeto social. Por ejemplo, ¿es contrario al objeto social que la sociedad avale a un tercero? En principio puede parecer que sí, pero podría tratarse de un suministrador fundamental de la sociedad que le avala, y ser la garantía necesaria para asegurar la subsistencia del



suministro. ¿Es contrario al objeto social constituir otra sociedad con un objeto social distinto? Pues inicialmente puede parecerlo, pero *a posteriori* puede suponer un mejor empleo de los recursos sociales o una inversión rentable.

En todo caso, se entiende que son claramente contrarios al objeto social los actos que impliquen la disolución y liquidación de la sociedad, ya que se trata de una competencia exclusiva de la junta general, y los actos genuinamente gratuitos, por ser la finalidad social de las compañías la consecución de un lucro partible entre los socios, si bien puede suceder que la donación beneficie indirectamente a la sociedad, por ser propagandística, remuneratoria –de los servicios prestados por un empleado, por ejemplo- o de solidaridad.

Ilustremos lo anterior con dos ejemplos. En cuanto a los actos a título gratuito, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 20 de julio de 2010, ante la deflación de precios en el mercado inmobiliario, desestimó que la donación de un inmueble perteneciente a una sociedad constructora fuese contraria al objeto social, al haberse vuelto los gastos de conservación proporcionados o incluso superiores en relación al precio de mercado o la utilidad que le iba a procurar a la compañía. En cuanto a los actos que implican la disolución de la sociedad, la resolución más conocida es la de Solán de Cabras (RDGRN de 25 de abril de 1997): si una sociedad tiene por objeto

la explotación de un manantial concreto a través del embotellado de agua mineral y quiere vender el manantial, es evidente que, o bien va a extinguirse después (está liquidando la sociedad), o bien va a dedicarse a otra cosa (está sustituyendo el objeto social), por lo tanto nunca puede llevarlo a cabo el órgano de administración sin el consentimiento de la junta, pues en ambos casos estamos ante competencias de los socios, incluso con la posibilidad de que puedan ejercitar su derecho de separación de la compañía. No habiendo consentimiento de la junta, el tercero que compra el manantial contratando sólo con el administrador no podría resultar protegido y mantenido en su adquisición, ya que no puede decirse que actuó de buena fe y sin culpa grave, alegando desconocimiento de lo anterior.

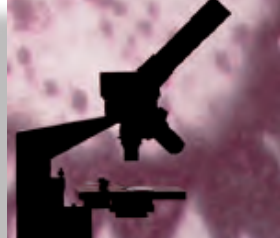
Lo que ocurre es que no siempre va a resultar tan fácil vislumbrar cuándo un acto es realmente contrario al objeto social, más aún cuando las sociedades de capital no suelen tener un objeto sino varios. Por ejemplo, volviendo a la sociedad cuyos estatutos limitaban las competencias al administrador al millón de euros, si su objeto social exclusivo es el comercio de naranjas y el administrador se dispone a comprar un solar urbano por cinco millones, podríamos decir que al menos debe exigirse al tercero que sea de buena fe y carezca de culpa grave: por tanto, si se demuestra que conocía el objeto social y faltaba el consentimiento de los socios, podría deshacerse el negocio. Sin embargo, ¿qué ocurre si lo que se compra es una nave de almacenamiento o un local de negocios?

Puede decirse que entonces no es un acto contrario al objeto social sino neutro, ya que toda sociedad precisa de una sede u oficina, y por tanto al vendedor ignorante de la limitación se le protegería siempre, incluso aunque fuera de mala fe.

Sentado todo lo anterior, que resulta aplicable a los límites convencionales de las facultades de los administradores, debemos distinguirlo claramente de los límites legales, que siempre son oponibles a terceros. Me refiero a aquellos supuestos no ya que dependan de matices subjetivos que sólo conoce el administrador y que no trascienden frente a terceros (la conexión del acto que se celebra con el objeto social), sino aquellos en los que existe una auténtica prohibición legal y, por tanto, si ésta se contraviene, resultará afectada la eficacia del acto otorgado por el representante de la sociedad.

Por ejemplo, el límite que establece el artículo 72 LSC, que prohíbe durante los dos primeros años de vida de una sociedad anónima que se realicen adquisiciones onerosas que superen el 10% del capital social, salvo que exista autorización de la junta y exceptuando operaciones ordinarias de la sociedad o que se verifiquen en mercado secundario oficial o en subasta pública. Como vemos, la excepción de que se trate de una operación ordinaria de la sociedad (y por tanto que no se requiera el consentimiento de la junta de socios) nos lleva de nuevo al objeto social: si una sociedad cuyo objeto es la promoción inmobiliaria compra un solar, parece que no precisará el acuerdo de la junta, pero si es nuestra sociedad de compraventa de naranjas, aunque el administrador en su fuero interno sepa o diga que va a destinarse a la construcción de un centro de distribución y almacenaje, parece que sí será necesario ese acuerdo de la junta.

Por eso, no faltan autores que entienden que, al carecer este artículo 72 LSC de una sanción propia, debe aplicarse simplemente el segundo párrafo del art. 234 LSC, y entender que la prohibición no puede afectar a terceros que transmitan sus bienes a la sociedad, siempre que hayan actuado de buena y sin culpa grave. En este caso, habría que demostrar que el vendedor conocía la reciente fecha de constitución de la sociedad o de su transformación en anónima, que se había superado el 10% del capital, y que no se trataba de una operación ordinaria de la compañía, siendo irrelevante que

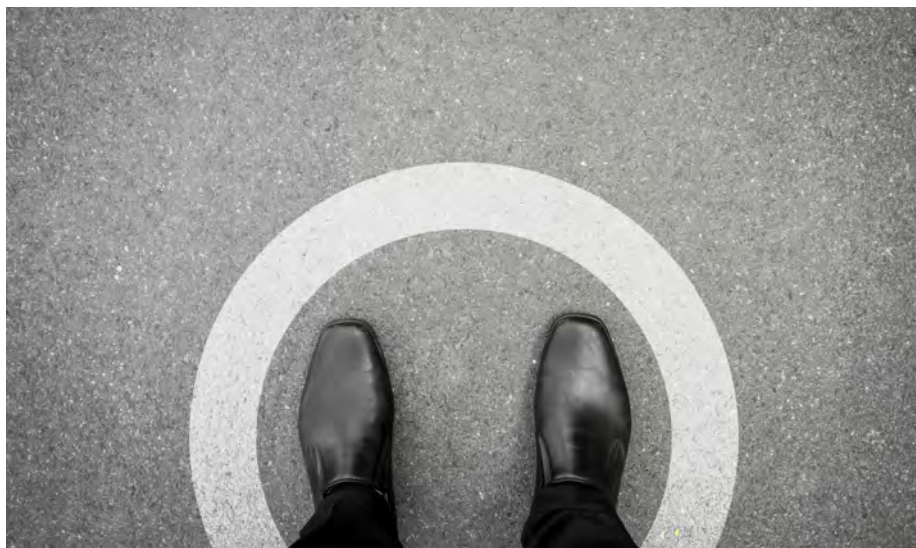


conociera o no la existencia del artículo 72 LSC, pues la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

Un segundo caso mucho más claro de limitación legal sería la prohibición de asistencia financiera. Dice el art. 143 LSC, replicado en el art. 150 para las anónimas, que la SL no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera *para la adquisición de sus propias participaciones* o de las participaciones o acciones emitidas por otra sociedad perteneciente al mismo grupo. Supone una regla general respecto al art. 162 LSC, que permite a la junta general de la sociedad limitada, mediante acuerdo concreto para cada caso, anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores. Podemos decir, por tanto, que el art. 162 es una limitación legal a las facultades representativas de los administradores, que son quienes materialmente prestan o constituyen esas garantías, que requiere nuevamente la intervención de los socios.

Podemos decir, por tanto, que el art. 162 es una limitación legal a las facultades representativas de los administradores, que son quienes materialmente prestan o constituyen esas garantías, que requiere nuevamente la intervención de los socios.

En este caso, con una salvedad: que la asistencia financiera se preste para cualquier acto u operación menos para comprar o adquirir sus propias participaciones, ya que en ese caso estamos ante un acto radicalmente nulo que se ha estimado contrario al orden público (tanto por motivos económicos -los recursos sociales son para la expansión de los negocios o para la retribución de los socios-, como políticos -al legislador le preocupa que los administradores puedan influir en la composición del capital social). Por tanto, el acuerdo de la Junta, en el caso de las limitadas, da luz verde para que la sociedad avale a un socio en un préstamo para comprarse un yate de lujo, pero nunca -como decimos, por razones de orden público-, si la finalidad del préstamo es



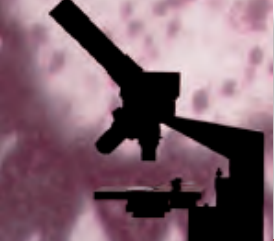
adquirir participaciones de la propia sociedad que avala.

Cabe mencionar otras limitaciones u otros supuestos legales de incursión de la Junta General en las facultades de los administradores, como los contratos de obra o servicios celebrados con administradores (art. 220 LSC) o la autocartera (art. 134 LSC), que impide a la propia sociedad asumir o suscribir sus propias acciones o participaciones o las de la dominante. La autocartera puede ser originaria, cuando se da en el mismo momento de la constitución de la sociedad o del aumento de capital (la sanción en la anónima es la enajenación forzosa en el plazo de un año, art. 139 LSC, y en la limitada la nulidad de pleno derecho, art. 135 LSC) o derivativa, por compra posterior a los socios (permitida en la sociedad limitada si se cumplen todos los requisitos del art. 140 LSC; entre ellos, autorización de la Junta general).

Pero centrándonos más bien en el tercero ajeno a la sociedad y que contrata con ésta, nos interesa más hablar de la auto contratación, que está estrictamente prohibida cuando exista un conflicto de interés. Del art. 229 LSC se desprende que no existe tal conflicto, aunque el administrador intervenga en ambas partes de la transacción -de un lado como representante de la sociedad y de otro en nombre propio-, cuando se trate de *operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para ofrecer la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad*.

En todo caso, el conflicto de interés se detecta con claridad en los contratos de cambio (una compraventa en que vende la sociedad, a través de su administrador único, y a su vez compra el administrador a título personal), pero puede subyacer también, por ejemplo, en un contrato asociativo, donde los intereses de las partes no son contrapuestos sino paralelos, como la constitución de una sociedad. Siendo uno de los socios de la nueva compañía una sociedad, que comparece en la escritura de constitución representada por el administrador, y siendo otro socio el administrador a título personal, podría surgir el conflicto, por ejemplo, si alguno de ellos realizase una aportación dineraria (por razón de su valoración, que a su vez determinará el ámbito de poder o la medida de los derechos del socio) o si se nombra a sí mismo también como administrador de la nueva sociedad, con una remuneración muy ventajosa.

¿Quién salva, como regla general, el conflicto de interés en el auto contrato? Pues la sociedad representada -y potencialmente perjudicada por dicho conflicto-. La nueva regla del art. 230 LSC nos dice que si el conflicto surge por realizar el administrador una transacción con la sociedad que supere el 10% de los activos sociales, la autorización o dispensa deberá ser necesariamente acordada por la Junta general. En los demás casos (si no supera el 10% de los activos sociales), bastará con la dispensa del propio órgano de administración, *siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que lo conceden respecto del administrador dispensado, asegurando la inocuidad de la operación para el patrimonio*



social o su realización en condiciones de mercado y de transparencia del proceso.

Puede decirse, por tanto, que no estaremos ante un supuesto prohibido de auto contrato cuando firme algún miembro del órgano de administración que no resulte afectado por el conflicto de interés (por ejemplo, dos administradores mancomunados, si el vendedor o comprador es uno de ellos a título personal, si bien esto es discutido por algunos autores, que entienden que sólo un administrador solidario puede salvarlo respecto a otro, dos mancomunados respecto del tercero, el consejo de administración respecto al consejero delegado o respecto a uno de los consejeros, siempre que éste se abstenga en la pertinente votación). En todo caso, como se desprende del mismo art. 230 LSC, la dispensa del conflicto no puede ser nunca genérica, sino singular o específica para cada caso, valorando las circunstancias concurrentes. Tampoco puede concederla un administrador al otorgar un poder, pues se trata de una competencia de la junta general que no puede abrogarse con carácter previo.

Pero si hablamos de límites legales el premio se lo lleva sin duda la reforma de 2014, de mejora de gobierno corporativo, que introduce el apartado f) del art. 160 de la LSC, exigiendo autorización de la junta general para la enajenación, adquisición y aportación de activos esenciales, presumiendo que lo son cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

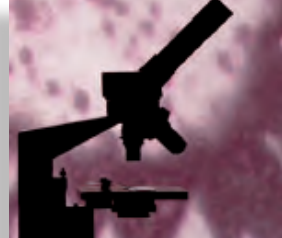
La reforma perseguía, con carácter general, el reforzamiento de los deberes y responsabilidad de los administradores, así como reivindicar para la junta general un papel más relevante en materia de gestión en algunos casos concretos, desdibujando el tradicional esquema de distribución de competencias entre los socios y los administradores. Fundamentalmente, en ciertas operaciones que, no entrando formalmente en la categoría de modificaciones estatutarias o estructurales (fusiones, escisiones, ect.), quedaban totalmente al margen de su intervención, a pesar de tener efectos muy similares. Como ejemplos que aparecen en el art. 511 bis de la LSC, que recoge la misma norma para la sociedad cotizada, encontramos *la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquella, o las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad*.

Por tanto, tras la reforma legal, en todos los casos en los que se aporte, enajene o adquiera un activo esencial por la sociedad, el órgano de administración deberá estar respaldado por un acuerdo de la junta general, sin que se exija ningún tipo de mayoría reforzada, bastando por tanto la ordinaria. Tampoco es necesaria la abstención del socio afectado, salvo que se trate de un administrador y el acuerdo se presente como una dispensa de su deber de lealtad (art. 230 LSC). La presunción de que se trata de un activo esencial para la actividad social por el hecho de superar el 25% del valor de los ac-

tivos que figuren en el último balance aprobado admite, en todo caso, prueba en contrario, tanto por parte de los administradores (que pueden manifestar no ser necesario el acuerdo de la junta), como por parte de los socios (que impongan su intervención, a pesar de no alcanzar ese umbral que fija la ley).

Los socios, por tanto, pueden entender que son competentes para pronunciarse sobre la operación relativa al activo esencial de que se trate, y solicitar como minoría la convocatoria de una junta o el complemento del orden del día de la ya convocada para poder pronunciarse sobre la misma. También puede el socio disidente o los nuevos administradores exigir responsabilidad al administrador que no recabó su consentimiento para transmitir un activo esencial, alegando su falta de competencia para realizar el acto en cuestión y probando el daño tipificado en el art. 236 LSC que presume, como regla general, la culpabilidad del administrador. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el administrador es el que en definitiva va a celebrar el negocio de enajenación, adquisición o aportación del activo esencial y, por tanto, aunque cuente con el beneplácito de los socios, suscribe el negocio bajo su entera responsabilidad, por lo que no queda exento de responsabilidad el administrador según el régimen general (art. 236 LSC: *en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*).

¿Qué debe entenderse, por tanto, como activo esencial, debiendo completar la competencia del administrador que celebre el negocio con un tercero? La doctrina más autorizada entiende que debe tratarse de activos vinculados a la actividad ordinaria de la sociedad o usados en la misma: la venta de un activo no corriente, por tanto, sólo porque se haya cerrado a un precio muy alto, no debería precisar la intervención de la junta ⁽¹⁾. Por otro lado, debe atenderse a la realidad económica del resultado de la transacción: determinadas operaciones pueden afectar a la titularidad formal del activo, pero no a su control económico. Por poner un ejemplo, resultaría inapropiado someter a la decisión de la junta la aprobación de operaciones de venta de inmuebles con reserva de arrendamiento (*sale and lease-back*), o incluso la venta de instalaciones cuando la sociedad opte por subcontratar externamente una actividad que hasta entonces desarrollaba directa-



mente. Por tanto, debe tratarse de operaciones sobre un activo (o varios) sin el cual no es posible la actividad o ésta cambie de manera sustancial, y siempre que la disposición no permita continuar empleándolo, aunque sea sobre la base de otra relación jurídica, como el arrendamiento.

Llama la atención, en todo caso, que la excepción legal se limite a la enajenación, adquisición o aportación, sin incluir el gravamen, que puede perfectamente desembocar en una enajenación forzosa futura, o ciertos negocios que priven del disfrute efectivo, como un arrendamiento o un usufructo a muy largo plazo (piénsese por ejemplo en el arrendamiento de la única fábrica de la compañía a otra sociedad, o en la pignoración de todas las participaciones de una filial importante, cuando se hubiera pactado que la prenda llevara aparejada la concesión del derecho de voto al acreedor). Por otro lado, también hubiera sido conveniente que se hubieran previsto ciertas excepciones, por ejemplo inversiones que sólo tengan por objeto la sustitución de elementos productivos ya obsoletos, para proseguir la actividad en los mismos o parecidos términos, siendo el recambio imprescindible para continuar con aquélla.

Como cuestiones interesantes, les planteo: ¿es necesario que el acuerdo de la Junta sea anterior a la firma de la operación? Mi compañero Ricardo Cabanas defendía que no, puesto que podría frustrar una operación que demande cierta reserva y confidencialidad, pudiendo ratificar después el negocio ya celebrado. O ¿pueden los estatutos derogar o modificar de algún modo la competencia que la ley atribuye a los socios en materia de activos esenciales? Únicamente pueden ampliarla, rebajando el porcentaje para su aplicación más allá del 25%, especificando qué activos concretos se reputan esenciales al margen de su valor o incluyendo otros negocios como el gravamen o el arrendamiento, si bien en tal caso estaremos ante limitaciones voluntarias internas, sin ningún alcance frente a terceros.

Como habrán ido adivinando, esta nueva norma en materia de activos esenciales viene a desplazar nuestra discusión inicial sobre los actos directa o indirectamente relacionados con el objeto social y los claramente contrarios al mismo, ya que en la práctica el límite más frecuente en materia de representación de los administradores



ya no va a ser el objeto social, sino los activos esenciales y la distribución de competencias administradores-junta general (sin duda, era activo esencial el manantial de Solán de Cabras). Por eso la interpretación de la nueva facultad atribuida a la Junta general por el art. 160 LSC debe hacerse en línea con la regla general del art. 234 LSC, pues carece de sentido que a un tercero la ley le proteja de limitaciones inscritas en el RM o de la posible extravagancia de la operación respecto al objeto social, pero le deje expuesto a riesgo por razón de circunstancias que aún le pueden resultar más difíciles de conocer.

No todos los autores piensan así, pues entienden que la información sobre los activos esenciales está disponible a través del depósito de cuentas en el RM, pero olvidan que pueden no ser las últimas cuentas aprobadas, y ninguna carga soporta el tercero de consultar esas cuentas para averiguar si la presunción le es aplicable. Por tanto, si un administrador enajena un activo esencial sin autorización de la junta, resultará protegido el tercero si es de buena fe y lo adquiere sin culpa grave. Esto no quita que un tercero precavido, en operaciones de cierta cuantía, demande una información específica sobre el cumplimiento de este requisito, al menos para hacer más evidente que no existe culpa por su parte.

En particular, cuando comparezcan uds. en una Notaría, se les pedirá que manifiesten, bajo su responsabilidad, si el activo

que transmiten, adquieren o aportan es esencial para la sociedad a la que representan. Ni el notario ni el registrador deben actuar aquí como policías, pidiéndoles que exhiban el último balance, y por tanto sólo será necesaria una certificación del acuerdo de la Junta que lo autorice cuando digan uds. que el activo efectivamente reviste dicha naturaleza, o bien cuando les conste al notario o registrador de forma notoria o evidente ese carácter esencial. Puede ocurrir además que no estén en condiciones de manifestarlo, por ser apoderados especiales para la operación, y por tanto la comprobación corresponde, en última instancia, al juez competente. En todo caso, la norma es criticable por todo lo anteriormente expuesto, habiendo, además, fijado un umbral del 25%, excesivamente bajo comparado con otros países de nuestro entorno, como Gran Bretaña o Alemania, que incluyen normas similares para activos que superen el 75 u 80%, o EEUU, cuya legislación ⁽²⁾ recoge la figura del *Sale of All Or Substantially All Corporate Assets*.

(1) CABANAS TREJO, RICARDO. Activos esenciales y competencia de la Junta General de las Sociedades de Capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad?

(2) Revised Model Business Corporation Act, redactado por la American Bar Association, que intenta sentar las bases de armonización para la ley mercantil de los diferentes Estados federales.

La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*¹

Conservatorship in the light of the Conference of the United Nations on the rights of persons with disabilities and its antecedent in the *cura furiosi*

Núria Coch Roura
Abogada y Doctora en Derecho
Universitat de Lleida

1.- Introducción

La Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención) supuso un cambio substancial en la forma de entender los conceptos de capacidad jurídica y el de capacidad de obrar que proceden de nuestra tradición romanística⁽²⁾. De hecho, la razón de escribir este artículo surge a raíz de una conferencia a la que asistí en el Colegio de Abogados de Barcelona, en octubre del año 2014, en la cual la conferenciante justificaba la necesidad de reformar el sistema de protección⁽³⁾ y su regulación específica para ajustarlo a la Convención, al tener el actual sistema unos esquemas demasiado rígidos y estar totalmente superado, *por proceder del Derecho romano*. A raíz de esta afirmación que parecía indicar que el Derecho romano era un derecho inflexible y cuyas instituciones se habían visto superadas⁽⁴⁾, inicié un proceso de reflexión e investigación sobre esta materia, que se concreta ahora en este artículo. Este rechazo a nuestro tradicional sistema de protección a las personas mermadas o faltas de capacidad de obrar ha hecho

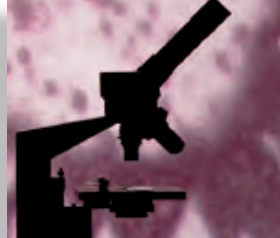
que revisemos ésta disciplina a la luz de las fuentes jurídicas romanas.

Como pone de manifiesto el profesor Juan Miquel⁽⁵⁾, lo decisivo del Derecho Romano es que se trata de un Derecho de Juristas, su actividad se distingue por la aplicación de la lógica, la capacidad de deducción y una delicada elaboración del caso concreto, si le añadimos una inusual permanencia en el tiempo (desde la jurisprudencia pontifical hasta la época de Justiniano). Podemos asistir al nacimiento y delimitación de instituciones jurídicas como la *tutela* y *curatela*, en la época arcaica, a su pleno desarrollo en la época pre-clásica y clásica, a su confusión parcial en la época post-clásica y al definitivo encuadramiento en la época Justiniana. Además, pondremos de manifiesto que la actividad de la jurisprudencia romana conduce a configurar unas instituciones de protección (al menos como se desprende del presente artículo respecto de la *curatela de los furiosi*) más flexibles y modulables que la conformación que se les dio en las diferentes codificaciones europeas del S.XIX.

2.-La Convención de las Naciones Unidas para la protección de las personas con discapacidad

La Convención fue adoptada -tras años de debate, especialmente en torno a su artículo 12- el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. España firmó la Convención, así como su Protocolo facultativo, el 30 de marzo del 2007 (el primer día hábil en que se podía hacer) y la ratificó el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril del 2008). Entro en vigor -en función de las previsiones contenidas en la misma norma- al ser ratificada por 20 países el 3 de mayo del 2008, incorporándose al ordenamiento jurídico español en virtud del artículo 10.2 y 96,1 de la Constitución Española, así como del artículo 1.5 del Código Civil⁽⁶⁾. La aprobación de la Convención es calificada de hecho histórico por CASTRO GIRONA⁽⁷⁾.

Creemos que es fundamental, para tratar con rigor el estudio de la Convención -y las modificaciones que ésta ha podido suponer en nuestro tradicional sistema romano de protección a las personas que



no gocen de plena capacidad de obrar-, la aproximación a su tenor literal. El artículo 12⁽⁸⁾ de la Convención versa sobre el concepto de 'legal capacity' y especialmente sobre 'el ejercicio de la legal capacity'. En nuestra tradición romanística⁽⁹⁾, son dos los conceptos que podrían equivaler al de *legal capacity*: capacidad jurídica y capacidad de obrar⁽¹⁰⁾.

Fueron varios los países que presentaron reservas a la redacción de este artículo preservando su derecho propio, entre ellos Australia, Canadá, Noruega, Venezuela, México y algunos países árabes –aunque por razones muy distintas de los primeros. El Estado español no presentó ninguna reserva; además firmó y ratificó el protocolo facultativo de la Convención en el que se creaba el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas⁽¹¹⁾. Dicho Comité en su 11ª sesión de 31 de marzo a 11 de abril del 2014, hace el siguiente comentario del artículo 12 en su punto 7:

"States parties must holistically examine all areas of law to ensure that the right of persons with disabilities to legal capacity is not restricted on an unequal basis with others. Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment. These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others."

"7. Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás."

Si comparamos ambos fragmentos, creemos que se ha hecho una traducción

FICHA TÉCNICA



Resumen: La aplicación de algunos principios de la Convención de las Naciones Unidas contenidos en su artículo 12, nos obliga a afrontar la vigencia de nuestro tradicional sistema en torno a los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, y por ende de las medidas de protección como la tutela o la curatela. Se analiza un tipo concreto de curatela: la *cura furiosi*.

Palabras clave: Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, curatela, *tutela furiosus*, medidas de protección.

Abstract: Some principles of the Convention of the United Nations contained in its article 12, force us to deal with the validity of our traditional system built around the concepts of "legal capacity" and capacity to act, and therefore the measures of protection such as guardianship or curatorship. A particular type of curatorship is analyzed: *cura furiosi*.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, conservatorship, guardianship, *furiosus*, measures of protection.

demasiado literal de 'legal capacity' por capacidad jurídica, cuando a veces la traducción española del texto del Comité debería referirse a la capacidad de obrar.

Al decir *"Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment"* es decir siguiendo la traducción autorizada *"Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso"*.

Es evidente que el fragmento hace referencia a nuestro tradicional concepto de capacidad de obrar⁽¹²⁾, -o también podríamos decir "al ejercicio de la capacidad jurídica"- pues la capacidad jurídica en nuestro ordenamiento (y en la inmensa mayoría de ordenamientos continentales) se predica desde el nacimiento de la persona -tenga o no discapacidad- con los requisitos establecidos en la Ley, y en este sentido sí que nos apartaríamos de la tradición romana⁽¹³⁾. Refuerza nuestra opinión el que el mismo fragmento se refiera a "los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones", aclarando además que se está aludiendo a la tutela, la curaduría (debería traducirse por curatela), y las leyes sobre salud mental que permiten un tratamiento forzoso. Están confundiendo⁽¹⁴⁾, como acertadamente pone de manifiesto el Prof. Antonio

Fernández de Bujan⁽¹⁵⁾, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Pese a que algunos Manuales de Derecho Civil⁽¹⁶⁾ se pronuncian en el mismo sentido⁽¹⁷⁾, lo hacen en un tono más dubitativo: "Si bien en este texto internacional -al referirse a la Convención- parece implicar que la discapacidad, incluso cuando afecta a la capacidad natural, no debería alterar la capacidad de obrar de la persona discapacitada aunque requiera medidas de apoyo o reconocimiento".

Martínez de Aguirre⁽¹⁸⁾ proyecta los tradicionales conceptos capacidad jurídica y capacidad de obrar, sobre el anglosajón 'legal capacity', pero distinguiendo entre dimensión estática de la capacidad legal que se correspondería con la capacidad jurídica, esto es la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones, y la dimensión dinámica de la misma, la aptitud concreta de ejercitar los derechos y las obligaciones de que una persona es titular, lo que constituye la dimensión dinámica de la capacidad legal o capacidad de obrar.

A pesar de ser conscientes del contenido del artículo 12 de la Convención, la Doctrina no va más allá, concluyendo⁽¹⁹⁾: "En nuestro ordenamiento, sin embargo, el instrumento sobre el que todavía pivota la protección jurídica de las personas mayores de edad a quien falta la capacidad natural es su incapacitación".

No se ponen ni un solo momento en cuestión los tradicionales sistemas de protección (tutela/curatela) tal como están vigentes en el ordenamiento jurídico español, tanto para los casos en que la persona que no pueda autogobernarse



precise bien una sustitución de su voluntad, bien un complemento de la misma.

No obstante, si la cuestión resultaba confusa partiendo del contenido del artículo 12 de la Convención, creemos que el comentario del Comité al artículo 12 de la Convención, contribuye a clarificarlo, al establecer textualmente: “These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others”.

Es decir, está formulando claramente que tanto la tutela como la curatela deben desaparecer⁽²⁰⁾, para que las personas con discapacidad recobren la plena ‘capacidad jurídica/legal capacity’ en igualdad de condiciones, con las demás⁽²¹⁾. Recordemos que el Comité viene a dar, lo que se podría denominar como interpretación auténtica de la Convención. Si aceptamos que el artículo 12 de dicha norma propugna una supresión de los sistemas de protección para las personas con discapacidad como la tutela o la curatela, pasando a otro modelo de protección, fundamentado en sistemas de apoyo y salvaguardia, éste podría tener repercusiones importantes en nuestro Ordenamiento, y no solo en cuanto a la capacidad de las personas con discapacidad, sino que podría llevar a replantearnos la capacidad de los menores de edad⁽²²⁾, y el ejercicio de la potestad parental⁽²³⁾.

Creemos que tanto el contenido del artículo 12 de la Convención, como la interpretación que de él hace el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad

de las Naciones Unidas, supera lo que para algunos autores no supone más que un tránsito entre un concepto de discapacidad basado en un modelo médico rehabilitador y el concepto de discapacidad fundado en el modelo social reconocido en la Convención. Lo que parece innegable a la vista de la literalidad de los textos citados, es que la Convención pretendía “abolir” sistemas de protección como la tutela o la curatela.

Dentro de los autores que defienden este tránsito al modelo social de discapacidad⁽²⁴⁾, podríamos encontrar dos posturas. La primera de ellas representada por quienes niegan la necesidad de cualquier sistema sustitutivo de la voluntad⁽²⁵⁾; la segunda personificada por quienes aceptan la vigencia de los sistemas de protección tradicionales, pero postulan su aplicación de forma puntual, es decir no mediante una sentencia de modificación de capacidad de alcance general que otorgue al tutor/curador las facultades que el tribunal considere, sino a través de decisiones puntuales, según el devenir de los acontecimientos⁽²⁶⁾.

El Estado español al firmar, ratificar e incorporar la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico (art. 10.2 y 96.1 de la C.E., así como del artículo 1.5 del C.C) se habría obligado a ajustar su normativa interna a estas normas. ¿Supondría esto la supresión de la tutela o la curatela? ¿O pasar del paradigma de las decisiones sustitutivas generales a otro fundado en el soporte -voluntario y puntual- en adoptarlas?

Si esto resultare así, se debería realizar tanto una profunda reforma procesal⁽²⁷⁾

(Ley de Enjuiciamiento Civil), como la modificación de instituciones civiles de nuestro ordenamiento jurídico (tutela, curatela) que al menos deberían adaptarse al nuevo sistema, ya que el Estado Español no formuló ninguna reserva al contenido del art. 12⁽²⁸⁾.

El Estado español firmó la Convención el primer día que fue posible pero ¿realmente era consciente de las consecuencias que podía suponer en nuestro Ordenamiento el ajustar la legislación interna al contenido del art. 12 de la Convención? ¿Cómo realizamos una “armonización” con el Código Civil -no rupturista- a tenor del art. 12 de la Convención? Es más, si como sabemos la Convención entró en vigor en España -tras su recepción- el 3 de mayo de 2008, ¿cómo puede ser que el Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona entre en vigor el 1 de enero del 2011, sin proponer una solución a este problema?

Si la noción de discapacidad se define como lo hace el artículo 1 de la Convención, como la condición de las personas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, estaremos tomando un concepto muy amplio.

Es importante resaltar, que a parte de esta confusión de conceptos entre capacidad jurídica/capacidad de obrar, encontramos otra gran dificultad para realizar una interpretación coherente de la Convención. Se trata otra vez de una cuestión terminológica. Si la noción de discapacidad se define como lo hace el artículo 1 de la Convención, como la condición de las personas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, estaremos tomando un concepto muy amplio.

La Doctrina vincula la noción de discapacidad a la situación de una persona que, a raíz de sufrir un déficit o limitación de sus facultades físicas o psíquicas, tiene dificultades para desarrollar actividades de la vida diaria, que al resto de individuos no les resultan complicadas. La intención que persigue la legislación sobre la discapacidad es paliar las desventajas que esta impone y evitar la discriminación de



quienes la padezcan, como establece el artículo 49 CE ⁽²⁹⁾.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social mantiene -en el mismo sentido que la Convención- un concepto amplio de discapacidad, definida como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Se trata -con buena intención- de utilizar un concepto extenso que incluya todos los posibles tipos de minusvalía, para que -el máximo de personas que las sufran- puedan gozar de los beneficios legales (derechos, servicios, programas, prestaciones) que establezca la legislación vigente para compensar su situación. Pero lo que no es posible es, sobre esta noción tan difusa, proyectar una concepción de capacidad de obrar general. Mientras que un discapacitado físico, por ejemplo, un paraplégico, no tiene porque tener ni remotamente afectada su capacidad de obrar, hay personas con una afectación cognitiva importante que obviamente carecerán de capacidad natural, y, por tanto, de capacidad de obrar. No propugnamos -más bien al contrario- la supresión de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, pero tampoco podemos dejar de poner en evidencia que, el suprimir los sistemas de protección sustitutivos de la voluntad, en casos que son del todo evidentes, conduce a dejar desprotegidos y abandonados a quienes por carecer totalmente de facultad de discernimiento forman parte del colectivo de personas de nuestra sociedad más vulnerable ⁽³⁰⁾.

El concepto de discapacidad ⁽³¹⁾ sería una noción que podríamos considerar próxima al derecho administrativo, ya que esta circunstancia debe ser reconocida por el Estado, solicitando la valoración del grado de discapacidad -en Cataluña- al Departament de Treball, Afers Socials i Família, que es el organismo oficial competente para reconocer el grado de disminución que corresponda.

El denostado concepto de incapacidad ⁽³²⁾ es más reducido, sólo se refiere a

las situaciones en que la persona no tiene capacidad de discernimiento, juicio o razón necesaria para la formación de la voluntad del individuo. Este es el supuesto de hecho -que puede haber sido declarado (o no ⁽³³⁾)- mediante una sentencia de modificación de capacidad, y que tanto puede afectar al individuo de una manera temporal ⁽³⁴⁾ como permanente.

Desde que la Convención ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, se han venido haciendo distintas interpretaciones intentando no tanto armonizar, sino argumentar que nuestra legislación vigente no incumple la misma. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 de 29 de abril ⁽³⁵⁾ de la que fue ponente la Dra. Encarna Roca Trías, fue un punto de referencia ineludible sobre esta materia, a la que siguieron otras como la 5676/2012, de la misma Ponente y posteriormente las Sentencias del Tribunal Supremo 6810/2012 y 3441/ 2013 de las que fue ponente José Antonio Seijas Quintana.

Desde que la Convención ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, se han venido haciendo distintas interpretaciones intentando no tanto armonizar, sino argumentar que nuestra legislación vigente no incumple la misma.

No hay ninguna Sentencia del Tribunal Supremo posterior a la aclaración del Comité sobre el artículo 12, que tan siquiera lo mencione.

Como ya hemos avanzado, los partidarios moderados de la concepción social de la discapacidad proponen un sistema de apoyos y salvaguardas puntuales. Se mantendrían las instituciones de la tutela y la curatela, pero debería determinarse su conveniencia caso por caso, y no a través de una sentencia de modificación de capacidad de vigencia general. Esta solución es evidentemente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas que carecen total o parcialmente de discernimiento o autogobierno, pero nos abocaría al fracaso en su aplicación práctica.



Si en la actualidad los tribunales especializados en modificación de capacidad se hallan totalmente desbordados, ¿cuál sería la situación si su trabajo se incrementase exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no fuera capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precisare tomar a lo largo de su vida? ⁽³⁶⁾. Y, si ponemos los pies en la tierra, ¿qué coste presupuestario podría suponer la aplicación de este sistema? ⁽³⁷⁾

Evidentemente la Convención nos aporta elementos muy positivos en la materia, sin pretender un carácter exhaustivo, la idea de la proporcionalidad, de la intervención con carácter restrictivo, sólo cuando sea preciso, adecuada a cada sujeto, la defensa de la participación política, son algunas muestras de ello. Volvemos a una flexibilidad en la materia propia del Derecho romano, que se perdió con la codificación del s. XIX. Pero esta flexibilidad debe ser viable formalmente, y no es viable a la vista de nuestro sistema judicial, acudir a él para cada decisión que se pueda presentar en la vida de las personas que no tienen (total o parcialmente) capacidad de discernimiento para autogobernarse ⁽³⁸⁾.

Queremos terminar, poniendo de relieve la importante y difícil tarea que ha realizado el Tribunal Supremo justificando la vigencia de la normativa interna anterior a la Convención. Pero este reconocimiento a la labor estabilizadora del Alto Tribunal, no nos puede hacer olvidar que el Gobierno español se comprometió a adecuar la normativa interna a los principios rectores de la Convención.



Y por otra parte, en el ámbito autonómico catalán, el problema se incrementa, ya que el recurso al Tribunal Supremo se debe hacer *ad cautelam* pues esta labor corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia civil.

3.-El análisis de la curatela en el Código Civil de Cataluña

De las medidas de protección -que modifican la capacidad de obrar- existentes en la legislación autonómica catalana ⁽³⁹⁾, la más respetuosa con los derechos de las personas a quienes se aplica, es la curatela. Vamos a centrarnos en esta figura por considerar, que una mayor utilización de la misma contribuiría al respeto de los derechos de las personas con falta total o parcial de autogobierno.

El artículo 231.1 del Codi Civil de Catalunya establece tres supuestos en los que se puede aplicar la curatela: los menores de edad emancipados -con las condiciones establecidas en la norma-, los incapacitados -hablaríamos de las personas que tienen modificada su capacidad de obrar- a los que no se haya considerado someter a tutela y, en tercer lugar, a los pródigos.

Nos vamos a centrar en el segundo de estos casos -sin descartar el estudio de los otros dos en otra ocasión-, es decir en las personas que conservan parcialmente su discernimiento (incapacidad relativa art. 222-4.3 CCCat).

Un rasgo identificador de la curatela es que no otorga la representación legal de la persona a quien se aplica -sin perjuicio de que la misma norma enmiende este principio en el que se ha fundamentado la configuración tradicional de la curatela. Y, es que en el mismo punto 1 del artículo 223-4 se hace referencia, a modo de excepción, al innovador supuesto contenido en el artículo 223-6 del CCCat, al que luego nos referiremos.

En la dogmática moderna la diferencia entre tutela y curatela radica, en que mientras el tutor representa y sustituye al tutelado, en la curatela -que presupone un grado de discernimiento superior- el curador no puede ni representar, ni sustituir al curatelado. La curatela actuaría como un complemento de capacidad de la persona para realizar actos jurídicos que, o bien por ley o según lo que disponga el contenido de la sentencia, la persona protegida no puede realizar por sí sola (artículo 223-4.3). Esta cuestión que aparentemente es sencilla, ha presentado en la práctica múltiples interpretaciones. A nuestro juicio deben concurrir ambas voluntades (la del curatelado y la del curador) para tomar una decisión válida e inatacable. La función del curador es aconsejar, instruir, asistir ⁽⁴⁰⁾ al curatelado y cuando este tenga formada su voluntad, prestar su conformidad o no al acto. Esta conformidad del curador puede ser anterior, simultánea o posterior a la manifestación del protegido, pero en todo caso debe constar de manera fehaciente,

porque, en caso contrario, el acto sería anulable (artículo 223-8 CCCat).

El contenido de la curatela vendrá determinado por la sentencia que la declare; en este sentido el alcance de la misma tiene la máxima ductilidad. Será la resolución judicial la que, en función de la persona protegida, determine qué actos o que tipo de actos deben ser objeto de protección. Superamos en este sentido la configuración de una curatela de carácter puramente patrimonial, ya que puede referirse, también, tanto al ámbito de la salud como a cualquier aspecto personal que se considere relevante.

El contenido de la curatela vendrá determinado por la sentencia que la declare; en este sentido el alcance de la misma tiene la máxima ductilidad. Será la resolución judicial la que, en función de la persona protegida, determine qué actos o qué tipo de actos deben ser objeto de protección.

Sin embargo, entendemos que el artículo 223-4.3 no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y carácter restrictivo de las medidas de protección propugnados por la Convención, al fijar un contenido mínimo, ya que establece preceptivamente la intervención del curador en los actos en los cuales el tutor debe obtener autorización judicial (art. 222.43 CCCat).

Y, si se tratara de una curatela que afectase a la salud, ¿el protegido también se vería afectado por la necesaria concurrencia del curador en los actos del art. 222.43 CCCat.? La norma es un residuo de la antigua concepción dominante de la curatela como una medida de protección de carácter patrimonial, pero que no encaja en el contenido flexible de la misma a la que la misma norma alude.

No dejan de plantear problemas en la práctica, los supuestos en que una persona -protegida con una curatela que alcanza el ámbito patrimonial- quiere realizar un acto de los previstos en el artículo 222-43 CCCat. Desde nuestro punto de vista, al configurarse la curatela



como un complemento de capacidad, con la concurrencia del curador y el curatelado basta. Si bien en la práctica se viene exigiendo un triple consentimiento: curador, curatelado y autorización judicial. Los que defienden esta postura -a pesar del tenor literal del artículo 222-43, que se refiere únicamente al tutor y al administrador patrimonial- se apoyan en el artículo 223-10, que remite a las normas de la tutela en lo no previsto para la curatela. Si bien una lectura detenida del precepto nos hace concluir que esta aplicación analógica -ciertamente limitada a algunos ámbitos- no debe producirse si se vulnera el régimen propio de la curatela, y como he venido diciendo -con las puntualizaciones que realizaré al referirme al artículo 223-6 del CCCat- la esencia de la curatela es ser una medida de protección que complementa la capacidad.

Otras cuestiones se suscitan por la vaguedad de los términos de la sentencia, ya que muchas se limitan a recoger que la persona que tiene modificada su capacidad no podrá realizar sola actos patrimoniales complejos, concepto éste demasiado vago para ser operativo y que traslada la responsabilidad de decidir cuando debe actuar o no a los propios curadores. Las fundaciones tutelares que ejercen de curador han venido reivindicando la necesidad de que la resolución judicial sea más precisa⁽⁴¹⁾, pues entre sus funciones no se encuentra la calificación jurídica de los actos de sus curatelados⁽⁴²⁾ y ello repercute negativamente en la gestión diaria de su actividad.

Para concluir, el postulado que mantiene que la curatela supone una incapacidad parcial y la tutela una incapacidad total, debe precisarse. En primer lugar, la curatela siempre precisa que la persona protegida tenga cierto grado de discernimiento (al no sustituir la voluntad del curatelado). En segundo lugar, en cuanto medida de protección la curatela puede abarcar aquellos ámbitos que determine la sentencia, pero nada obsta a que se proyecte sobre todos los ámbitos de la vida del curatelado. Y en tercer lugar, la tutela puede aplicarse a una persona que precise una modificación de capacidad referida únicamente a determinados ámbitos (patrimonial y salud por ejemplo) pero que requiera una medida de protección sustitutoria, porque la actividad de apoyo, asesoramiento y salvaguardia del curador

no es suficiente para que pueda formar su propia voluntad.

El artículo 223-6 CCCat. regula un *tertium genus* -la curatela con facultad de administración- que es aplicable únicamente al supuesto de las personas con la capacidad modificada judicialmente; en la resolución judicial se puede atribuir al curador funciones de administración ordinaria de la persona protegida.

El artículo 223-6 CCCat. regula un *tertium genus* -la curatela con facultad de administración- que es aplicable únicamente al supuesto de las personas con la capacidad modificada judicialmente.

Como ya hemos reiterado consideramos la curatela como un complemento de la capacidad, no obstante en esta última modalidad se confieren al curador facultades de más calado, pudiendo -por sí sólo- realizar todas las actividades que puedan considerarse de administración ordinaria⁽⁴³⁾ respecto al patrimonio de la persona curatelada.

De hecho, esta interesante figura viene a resolver muchos de los problemas que se planteaban en la práctica en las curatelas de contenido patrimonial, pues, si bien esta medida de protección es respetuosa con los derechos de la persona protegida, a veces su articulación en la práctica (especialmente en el caso de que interviniesen entidades financieras) era compleja. De ahí que Chimenó Cano⁽⁴⁴⁾ partidaria de la tutela -por cuanto considera que evita el desvalimiento del sujeto-manifiesta: "el régimen de representación permite una adaptación a las concretas circunstancias del individuo⁽⁴⁵⁾ al acoplar su estatuto jurídico a la limitación del autogobierno del demandado. En términos coloquiales, la tutela resuelve más que la curatela". Esta afirmación es cierta por cuanto es mucho más difícil gestionar una curatela -que puede suponer un periodo de asesoramiento, una "negociación" hasta que el curatelado es capaz de formar su voluntad-, que una tutela, en la cual es únicamente el tutor el que debe decidir cual es la decisión más acertada. Pese a que este inconveniente se supera en gran parte con la curatela con facultad de

administración, en la cual no se impide la participación del sujeto protegido, pero se consigue una solución más funcional, efectiva y respetuosa de los derechos de las personas afectadas.

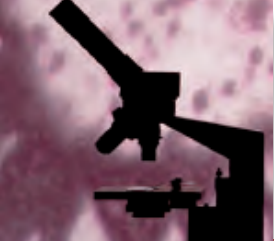
4.- Un caso de curatela en Roma: el *furiosus*

Pasemos finalmente, como decíamos más arriba, al análisis comparativo de esta modalidad de la curatela romana. La necesidad de contemplar la idiosincrasia de personas con enfermedad mental fue advertida ya en épocas muy antiguas. En derecho romano, la primera cita directa nos aparece en la Ley de las XII Tabas⁽⁴⁶⁾

"Si furiosus escit, adgnatum gentiliunque in eo pecuniaque eius potestas esto" (Tab. 5,7^a).

En este fragmento se alude a la "*potestas*" que sobre el enajenado y sus bienes tendrán los agnados y gentiles. Esta protección se configura ya como una actividad más o menos sustitutiva de la voluntad, que apunta a la esfera patrimonial y personal⁽⁴⁷⁾. El texto decenviral no se refiere ni a la tutela ni a la curatela⁽⁴⁸⁾ sino a la "*potestas*". A partir de la '*potestas*' sobre los '*furiosi*', se irá desarrollando la '*cura*', que pasará a adquirir una sustantividad propia, por un proceso de especificación similar al que se produce con el poder del '*paterfamilias*' cuando se proyecta sobre distintos sujetos (*patria potestas*, *manus*, *mancipium*). Esta referencia al poder sobre la persona y los bienes del '*furiosus*', tanto podría ser debida a la falta de diferenciación entre tutela y la embrionaria institución de la curatela, como a la necesidad de una intervención exhaustiva y rápida ante la posible peligrosidad de la persona con enfermedad mental a la que se refieren bastantes fragmentos del Digesto⁽⁴⁹⁾, o bien a que el enajenado carece -según las fuentes- totalmente de voluntad, o al concurso de todas estas razones.

Este poder, que se ejercita sobre la persona que sufre enfermedad mental, no se configura en la época arcaica⁽⁵⁰⁾ como una institución de protección del individuo⁽⁵¹⁾, sino más bien de la *gens* y consiguientemente va dirigida a la perpetuación de la misma⁽⁵²⁾. De tal manera que no se desarrollarán las acciones procesales para exigir responsabilidad al que ejercitara la *potestas*, hasta mucho más tarde. Aunque, es evidente, como resalta el



Doctrina



profesor Fernández de Bujan ⁽⁵³⁾ que, ya en la época de Servio, se trasluce la finalidad tuitiva, al menos en la institución de la *tutela*, que se configura como un “poder sobre una persona libre que permite y otorga el derecho civil, para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”⁽⁵⁴⁾.

Es razonable pensar que en la época arcaica la preocupación predominante era la pervivencia de la comunidad, mientras que en la época clásica, esta protección se trasladaría a los sujetos que la precisaren.

La identificación de un concepto de enfermedad mental en las fuentes romanas es una labor compleja; muestra de ello es que encontramos una variada referencia terminológica que normalmente era identificada por los comportamientos o manifestaciones externas del sujeto. El término *furiosus* ⁽⁵⁵⁾ es el más utilizado para hacer referencia a las enfermedades mentales ⁽⁵⁶⁾, pero también se utilizan otros términos, como *demens* ⁽⁵⁷⁾, *mente captus* ⁽⁵⁸⁾, *insanus*, *fatuus*, *lunaticus*, *non sua mentis*; *non compos mentis*; *melancholicus* ⁽⁵⁹⁾. Cicerón lo utiliza a modo de definición “*furor atque dementia*” ⁽⁶⁰⁾ y desarrolla las distintas situaciones que podríamos encontrar ⁽⁶¹⁾. Guarino ⁽⁶²⁾ -siguiendo en este sentido a Audibert- considera que el término *furor* es más intenso y grave que la genérica *dementia*. Entendemos que toda esta variedad de términos y clasificaciones tienen su punto de partida -como ya hemos avanzado- en las manifestaciones

exteriores de los sujetos, ya que son los únicos criterios de los que se disponía hasta la aparición del psicoanálisis moderno.

Uno de los rasgos característicos de la enfermedad mental se refiere, a que ya desde la norma decenviral se hace alusión a una patología sobrevenida, es decir, que pudiera estar latente desde el nacimiento por una predisposición genética pero la enfermedad mental ‘debuta’ o se hace patente en un momento posterior de la vida del sujeto.

Se exige cierta permanencia, teniendo en cuenta los intervalos lúcidos ⁽⁶³⁾ que pueden existir, y un cierto componente de incurabilidad ⁽⁶⁴⁾, pero al mismo tiempo sin dejar de contemplar la remisión o posibilidad de curación. Es decir, ni puede decirse que pueda existir una enfermedad mental al aparecer el primer síntoma -ya que algunas fuentes hablan de ‘histeria’ al referirse a un episodio de obnubilación puntual- ni es necesario exigir un estado o situación inmodificable sin posibilidad de remisión.

Diliberto ⁽⁶⁵⁾ también considera como característica propia del *furiosus* en la época arcaica, la aceptación de un origen divino en la locura.

Como ya hemos apuntado ⁽⁶⁶⁾, en la Ley de las XII Tabas ya se refiere a una actividad -más o menos sustitutiva- de la persona afectada por enfermedad mental que alcanza tanto a su esfera patrimonial

como a la personal. Esta configuración se mantiene en la época clásica, así en D. 27,10,7 pr. Juliano insiste en que el curador del enajenado debe cuidar con prudencia y trabajo, no solo del patrimonio sino también el cuerpo y la salud del *furiosus*.

La semántica del término *potestas* también ha sido objeto de múltiples debates doctrinales. Es evidente que supone un poder muy amplio, aunque se puede moldear y puede ser objeto de graduación -así lo vemos con las diversas proyecciones que encontramos en D.50,16,215.

La semántica del término *potestas* también ha sido objeto de múltiples debates doctrinales ⁽⁶⁷⁾. Es evidente que supone un poder muy amplio, aunque se puede moldear y puede ser objeto de graduación -así lo vemos con las diversas proyecciones que encontramos en D.50,16,215 ⁽⁶⁸⁾-. En este sentido, Lanza resalta la interesante situación del *redemptus ab hostibus* que pasa de la *potestas* del enemigo a la *potestas* del *redemptor* (no operando en este caso el *lus postliminii*) y que pone de manifiesto la multiplicidad de situaciones intermedias y por tanto la flexibilidad del poder.

Guarino consideraba que la curatela -en particular del *furiosus*- afectaría al *status* de la persona (más o menos identificable con el concepto que modernamente denominamos capacidad jurídica). Es decir, este autor propuso una teoría -ampliamente rebatida por la doctrina- según la cual, la ausencia de capacidad de obrar implicaría la supresión de la capacidad jurídica ⁽⁶⁹⁾. Diliberto se opone a la posible extinción de la capacidad jurídica del *furiosus* aunque matiza que es difícil pensar que, en una época antigua, pueda mantenerse la abstracta titularidad de los bienes del *furiosus* bajo *potestas* -a pesar de que es propio del Derecho Romano, las situaciones de “no extinción” o de vacancia de los derechos-. Para Diliberto la peculiaridad de este régimen tiene que ver con la incertidumbre sobre la duración de la condición de *furiosus* ⁽⁷⁰⁾. Pugliese propone que en la época decenviral sería posible una supresión temporal de la capacidad jurídica; el curador ostentaría una “propiedad funcional” de los bienes de



las personas sometidas a potestad, en tanto esta situación se mantuviera. En definitiva, ninguna de estas teorías ha sido totalmente aceptada por la romanística.

La jurisprudencia preclásica y clásica trabajarán intensamente en la delimitación de ambas esferas -capacidad jurídica, capacidad de obrar- partiendo de un concepto previo y gradual de capacidad jurídica basada en la idea genuinamente romana de *status* ⁽⁷¹⁾. Así en D.28,1,16 (*lib. sing. reg.*) Pomponio contrapone el supuesto del *furiosus* al del hijo de familia, al esclavo ajeno, y al póstumo. Y, es que en estos tres casos (hijo de familia, esclavo ajeno, póstumo) no se podría alcanzar la situación óptima (*libre, cives y sui iuris*) de capacidad jurídica. Por el contrario, el *furiosus* sí podría gozar del *status* óptimo a pesar de que su capacidad de obrar estuviese limitada, de ahí la contraposición entre estos grupos de sujetos. Es este posible *status* del enajenado lo que podría condicionar un régimen de protección especial, la curatela, en lugar de la tutela.

Si examinamos al *furiosus* desde el punto de vista de la capacidad del sujeto, el tratamiento del enajenado en las fuentes romanas, sería asimilable (...) al del "infants" (0-7 años), a quienes se les atribuye como medida de protección la tutela, por carecer totalmente de capacidad de obrar "qui fari non potest".

Si examinamos al *furiosus* desde el punto de vista de la capacidad del sujeto, el tratamiento del enajenado en las fuentes romanas, sería asimilable -como dice Fernández de Bujan ⁽⁷²⁾- al del "*infants*" (0-7 años), a quienes se les atribuye como medida de protección la tutela, por carecer totalmente de capacidad de obrar "*qui fari non potest*" ⁽⁷³⁾. Distinta es la situación del pródigo, puesto que, a diferencia del *furiosus*, mantiene en todo caso cierta capacidad de obrar, cuanto menos para enriquecerse y su posición se asemejaría al *infantia maior* (7-12/14 años).

Ambos sujetos, *furiosus* y *prodigus* -que podrían gozar de un *status* óptimo- estarían afectados de manera diferente en su capacidad de obrar- y no obstante,



gozaron de similar protección, la *curatela*. Esta institución que, observada desde la dogmática moderna, no pretende sustituir la voluntad de la persona afectada, sino complementar o reforzar la capacidad, pero que, en Roma, podría utilizarse para tanto para sustituirla como para complementarla.

El tratamiento del *furiosus* se extenderá al pródigo ⁽⁷⁴⁾, aunque esta última figura goza de menos interés por parte de la jurisprudencia. No obstante, encontramos en el Digesto un fragmento fundamental, D.27,10,1 pr. (*Ulp 1 ad Sab*) en el que Ulpiano deja entrever dos momentos evolutivos distintos. En un primer momento, la actuación protectora del pródigo se realizaría con la *interdictio*, con la prohibición de realizar determinados actos (*mancipationes* y otorgamiento de testamentos); mientras en la época clásica, la protección se extiende a una amplia actividad de administración por parte del curador. Estas dos formas de protección se mantendrán coexistiendo hasta que predomine la administración del curador -más propia y adaptada a las necesidades del tráfico jurídico de la época clásica-. En este fragmento se introduce al final la figura del *furiosus* a los efectos de constatar que ambos están sujetos a curatela.

En diversos textos del Digesto vemos que los juristas clásicos -poniendo de manifiesto su flexibilidad y rigor-, delimitan la relevancia jurídica de la persona con

enfermedad mental -y por tanto del contenido de la curatela- en base a argumentaciones teóricas originales, adaptadas a cada caso. Así podemos ver en las fuentes, una elaboración de la figura del *furiosus*. En D.26,5,8,1 (*Ulp 8 de omn. trib*) estudia el supuesto de un pretor que sufre un arrebató de enajenación o demencia, circunstancia que no afectaría a la titularidad de la magistratura -es decir no se le privaría *ipso iure* de su cargo -aunque el acto realizado en tal arrebató no valdría. En D.47,10,17,11 (*Ulp 57 ad ed.*) se muestra el predominio de la visión procesal del Derecho Romano, pues si un hijo de familia recibe una injuria y su *paterfamilias*, que está presente -y es quien debería accionar-, no puede hacerlo por 'locura o demencia', se dará la posibilidad de interponer la acción al hijo, porque el padre es como si estuviera 'ausente' o 'mente captus'". En D.28,3,20 (*Scaev. 13 dig.*) Escévola se plantea el tema de un ciudadano romano, Lucio Ticio -en plenas facultades físicas y mentales-, que hace testamento pero posteriormente se trastorna -*mente captus*- y rompe el precinto. El jurista admite que los herederos puedan aceptar la herencia. También en D.33.2.32.6 (*Scaev. 15 dig.*) el jurista vuelve a utilizar el término *mente captus* ⁽⁷⁵⁾; en este pasaje el testador instituye herederos a dos hijas y a un hijo que sufre una enfermedad mental, lega además a una de sus hijas, *Publia Clementiana* un usufructo para que alimente a su hermano hasta que sane. Escévola propone como recurso jurídico

la institución del enajenado como coheredero -que presupone la subsistencia de su capacidad jurídica-, al tiempo que diseña una institución jurídica de protección: el usufructo de la porción hereditaria del enajenado con un 'modus' o carga modal, con finalidades alimentarias. Alimentos, que según el texto habríamos de interpretar en un sentido amplio (alimentar, proteger, administrar). El fragmento se encuentra en el título relativo "al legado o fideicomiso de uso, de usufructo, de rédito, de habitación, de servicios", y muestra la preocupación protectora del progenitor de un *furiosus* en su búsqueda de la institución jurídica tuitiva más adecuada a la situación, ya que en todo caso el legado de usufructo tiene carácter temporal "hasta que sane y cobre su cabal juicio"⁽⁷⁶⁾.

Lo cierto es que la evolución de la originaria *potestas* conduce, no a una única y uniforme forma de curatela, sino a distintas modalidades (*cura debilium personarum*, *cura bonorum*, *cura absentis*, *curator hereditatis iacantis*, *curator ventris*), sin que el contenido y alcance de la medida de protección deba tener un contenido único. Proponemos un concepto amplio de curatela como medida de protección, que es objeto de una doble evolución: por una parte, el desarrollo de la *cura* desde un contenido más restrictivo -la prohibición de realizar determinados actos o *interdictio*- hacia una mayor intervención (administración o *cura* en sentido amplio); y por otra parte, la existencia de diversas formas de curatela que acaban unificándose. Este fenómeno -común también en otras instituciones- sería lo que, siguiendo a Archi⁽⁷⁷⁾, conduciría a la confusión de esta materia en el Digesto.

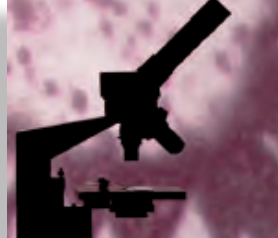
Por mucho que se hayan superado las teorías de quienes propugnaban que la supresión de capacidad de obrar podría suponer la extinción (temporal o definitiva) de la capacidad jurídica, lógicamente ambas esferas se relacionan entre ellas, pues nos encontramos en un contexto histórico muy alejado de la atribución de capacidad jurídica a una persona por el simple hecho del nacimiento. Es por ello, que no es posible estudiar la curatela sin atender previamente al *status* del sujeto, pues podría ser que esta circunstancia determinara la elección de la medida de protección (tutela o curatela).

En definitiva, entendemos que, si debiésemos optar por un rasgo característico de las instituciones de protección en Roma, especialmente en el caso examinado del *furiosus*, nos inclinaríamos por la flexibilidad de la curatela que permite tanto sustituir como complementar la capacidad y aplicarla a supuestos que no son idénticos. Elasticidad propia del casuismo romano, que permite ajustar el tratamiento al supuesto concreto.

- (1) Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación "*Regulae iuri*" sobre relaciones jurídicas obligatorias: historia textual, interpretación, práctica", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, ref. DER2016-75518-P. El texto que sigue refleja el avance de la comunicación presentada en el pasado Seminario romanístico internacional *Salvius Iulianus* organizado por la Universitat Rovira i Virgili durante los días 5 y 6 de julio de 2018; Sobre estos temas, hemos publicado unas primeras consideraciones en *RGDR* 30 (2018).
- (2) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación" *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, número 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2.011 págs. 119-155. "La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad supone un cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto". El autor centra su acertada exposición en reconducir el procedimiento de modificación de capacidad -aún según la LEC- "procedimiento de incapacitación" al ámbito de la jurisdicción voluntaria, es decir volver a la regulación existente antes de la reforma de la LEC del 2000; v. asimismo MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L. "De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en derecho actual". *Anuario de Derecho Civil*. Abril-junio, 2004, págs. 755-825, *RGDR* 4 2005.
- (3) En este sentido se habría de reformar tanto el procedimiento de modificación de capacidad arts. 756 y ss. LEC; arts. 199 y ss. del Código Civil español y en territorio catalán, el Libro Segundo del Código Civil relativo a la persona y familia aprobado por Ley 21/2010 de 29 de julio -que entró en vigor el 1 de enero de 2011.
- (4) No pretendemos negar lo que es evidente: que el Derecho de personas romano gira también en torno a algunos principios que

hoy día nos repugnan: desigualdad entre personas libres y esclavos; desigualdad entre hombres y mujeres; desigualdad entre *iuris* y *alieni iuris*.

- (5) MIQUEL, J. *Derecho Romano*. Marcial Pons. Madrid. 2016, págs. 101 y ss.
- (6) Según la Disposición Final de la Ley 1/2009 de 25 de marzo "el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial que pasará a denominarse procedimientos de modificación de capacidad de obrar, para la adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". Es de resaltar que habiéndose superado ampliamente el plazo establecido, sigue pendiente la reforma del procedimiento de incapacitación.
- (7) CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., "La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el Notario "ombudsman social", en *Red Iberoamericana de expertos en Discapacidad y Derechos Humanos* www.derechoshumanos.aequitas.org/documentos.php mayo 2011 y "Nuevos retos para el Notariado tras la Convención de Nueva York" en *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Aranzadi 2015, págs. 165-182.
Article 12 1. *States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.*
2. *States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*
3. *States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.*
4. *States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.*
5. *Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property,*



to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/article-12-equal-recognition-before-the-law.html>

TRADUCCIÓN: Artículo 12. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

- (8) Hablamos de tradición romanística, ya que estos conceptos no fueron formulados por los juristas romanos, aunque los conocían y distinguían con precisión.
- (9) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. Aranzadi 2017 págs. 144 y ss. "Los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida por la Pandectística alemana del siglo XIX tiene su fundamento en las fuentes romanas y tradición romanística...(..) Cabría pues hablar

en el primero de los supuestos de poder de titularidad y, en el segundo de poder de ejercicio"; BUCKLAND, W.W. and McNAIR, A "Roman Law and Common Law" Cambridge University Press Second Edition 1974. pág. 47. Los autores comparan el funcionamiento de la tutela en Roma y en el Reino Unido, interesante pues ambos sistemas se caracterizan por ser unos derechos casuísticos. "It seems probable that the rule is in practice in our law the same as that in Rome"

- (10) STEIN, P. "The character and influence of the Roman Civil Law" pág. 251 "Is a classic example of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically".
- (11) El Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención.
El Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de los Estado Partes y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte a la Convención que no haya firmado también el Protocolo.
- (12) MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons. Madrid 1992 pág. 51 y ss. "Efectivamente el Derecho Romano carece de términos técnicos para lo que nosotros llamamos persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar...Sin embargo la idea romana de capacidad no es única y rígida sino que viene determinada en relación con el concepto de status.
- (13) PUGLIESE, G. con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino, 1998. 2ªed. G. Giappichelli Editore pág.215 y ss. "Fin dall'epoca arcaica, infatti, soltanto i soggetti che si trovassero in particolari posizioni rispetto al gruppi sociali di appartenenza potevano essere titolari di diritti ed obblighi, avere cioè quella che modernamente viene chiamata -capacità giuridica-
- (14) Aunque algunos autores, sostienen que más que una confusión se produce una unificación de conceptos. Ver nota 21.
- (15) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación" *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, número 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2011

pág. 125 " En relación con el contenido del artículo 12 cabe realizar las observaciones que siguen: -En el apartado 2 del artículo 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad"

- (16) ARROYO, E, BOSCH, E, FERRER, J, GINEBRA, E, LAMARCA, A, NAVAS, S, VAQUER A "Dret Civil. Part General i dret de la persona" Atelier Llibres Jurídics. 2013 pág. 261 y ss.
- (17) Hemos optado por un manual de Derecho Civil Catalán puesto que nuestro estudio se enmarca en la legislación catalana, aunque lógicamente nos apoyamos en la Constitución española, Ley de Enjuiciamiento Civil y resto de normativa aplicable
- (18) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad". Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas. DYKINSON 2013. Coord. Sofía de Salas Murillo Monografías de Derecho Civil.
- (19) ARROYO, E, BOSCH, E, FERRER, J, GINEBRA, E, LAMARCA, A, NAVAS, S, VAQUER A "Dret Civil. Part General i dret de la persona" Atelier Llibres Jurídics. 2013 pág. 262 y ss. Es cierto que la obra es anterior a la publicación de las conclusiones de la Sesión del 31 de marzo al 11 de abril del 2014 del Comité.
- (20) FLYNN, E "The suport model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?" *Berkeley Journal of International Law*. 2014 Vol. 32 Issue 1 págs. 124-143 "The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where: 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective "best interests" of the individual as opposed the individual's own will and preferences.
- (21) Se trataría de unificar el concepto de capacidad jurídica y capacidad de obrar en este sentido GANZEMÜLLER ROIG, C "La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad" en *Hacia un Derecho de la Discapacidad...op.cit* pág. 396 y ss. Las afirmaciones del autor están recogidas en el recurso del Ministerio Fiscal que dio lugar a la STS 29 de abril del 2009, y en su fundamento de derecho tercero según el cual "La Convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona". De ahí nuestra reflexión sobre la

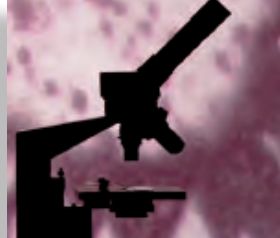
influencia que la solución de la cuestión se pueda proyectar sobre los menores de edad.

- (22) Del mismo parecer MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", pág. 24 y ss. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas. Colección monografías de Derecho Civil. Ed Dykinson* Coord. De Salas Murillo, S. (2013).
- (23) Es la denominación que recibe la institución de la 'patria potestat' en el Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010 de 29 de Julio).
- (24) PALACIOS RIZZO, A. "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española" en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi 2009 pág. 143 y ss. Coord. PÉREZ BUENO, L.C.
- (25) FLYNN, E. "The support model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?" *Berkeley Journal of International Law*. 2014 Vol. 32 Issue 1 págs. 124-143. "The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where : 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective "best interests" of the individual as opposed the individual's own will and preferences.
- (26) GANZENMÜLLER ROIG, C. "Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la Convención de Nueva York. 2.003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España". *Estudios en Homenaje a Miguel Ángel Cabra Luna*, Coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Álvarez Ramírez, 2012 pág. 401 y ss. El autor propone no acudir a un proceso de incapacitación de amplio objeto, como regla general. Se trataría de procedimientos puntuales y limitados a examinar la necesidad concreta. Volveríamos pues a un sistema casuístico como el de nuestra tradición romana. Sin embargo, sin una multiplicación de juzgados destinados a este fin, esta teoría es totalmente impensable, diríamos que es una opción inviable desde un punto de vista económico.
- (27) DE ASIS RORG, R; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad en Derecho Español".

Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. Madrid, Ed. Dykinson 2010, pág. 30 y ss. Ver también en este sentido la nota núm. 6.

- (28) SANTOS URBANEJA, F. "A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad". Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. Estudios Jurídicos número 2009, pág. 21 y ss. Terminar con la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar significa tocar los cimientos, estructura y esencia del Código civil, podría suponer una dosis de "inseguridad jurídica" no asumible.
- (29) El artículo 49 CE establece expresamente el deber de los poderes públicos de prestar atención especializada a las personas con disminución física, sensorial o psíquica, para que puedan disfrutar la plenitud de sus derechos fundamentales.
- (30) Puestos a recurrir a un ejemplo extremo, si el sistema social no permite la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, qué ocurriría con las personas que tienen una demencia tipo Alzheimer en una fase avanzada, ¿las dejamos totalmente abandonadas? ¿Quién podría tomar la decisión de que reciban unos cuidados dignos hasta el final de sus vidas?
- (31) No es objeto de este artículo, pero debe distinguirse el concepto de invalidez más restrictivo, propio del ámbito del derecho laboral, del de discapacidad.
- (32) Quizás deberíamos proponer un término "nuevo" sin un contenido *a priori* negativo.
- (33) Evidentemente porque no se haya iniciado todavía el proceso de modificación de capacidad, al no existir una necesidad o un riesgo evidente para el propio sujeto afectado.
- (34) La declaración de incapacidad exige cierta permanencia pero si las circunstancias cambian se puede iniciar un nuevo procedimiento que puede dejar sin efecto las medidas de protección anteriores, o modificar la intensidad de las mismas.
- (35) La sentencia acoge los razonamientos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.
- (36) De la misma manera que en Roma las dos escuelas existentes en el S.I discutían sobre cual debía ser el criterio para determinar la llegada a la pubertad: la *inspectio corporum* caso por caso, propugnada por la Escuela Sabiniana o la fijación de una edad defendida por los Proculyanos, criterio este que por seguridad jurídica acabó acogiendo Justiniano.

- (37) De hecho el motivo presupuestario fue uno de los que argumentó Noruega para poner su reserva al artículo 12 de la Convención.
- (38) Hay muchos trabajos al respecto en derecho español, sin carácter exhaustivo DE SALAS MURILLO, S "Repensar la curatela" *Derecho Privado y Constitución* nº 27, 2013, págs. 11-48; *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*. Colección Monografías de Derecho Civil. Dykinson 2013 coordina Sofía de Salas Murillo; VIVAS-TESON, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Coord. Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Óscar Monje Balsameda. Vol I, 2011, Parte sustantiva. Págs. 363-374; LEGEREN-MOLINA, A. *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas*. Coord. María E. Rovira-Sueiro, Antonio Legerén-Molina, Sofía de Salas Murillo, María Victoria Mayor del Hoyo. 2015. págs. 63-224. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. "El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma" *Jornadas de Tossa XVII*. 2012 y *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Mc Graw-Hill. 1997. Y en el ámbito catalán VAQUER ALOY (coord.), *A Dret Civil. Part General i Dret de la Persona*. Atelier. 2013 (Arroyo Amayuelas, E, Bosch Capdevila, E., Ferrer i Riba, J, Ginebra Molins, E., Lamarca i Marqués, A., Navas Navarro, S., Ribot Igualada, J.); *Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya*. BOSCH CAPDEVILA, E.; DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A. Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Departament de Justícia. 2012.
- (39) La figura del 'asistente' del artículo 226-1 CCat., no es incapacitante. Desgraciadamente es poco utilizada.
- (40) No debe en el sentido técnico que tiene la figura de la Asistencia prevista en los artículos 226-1 y ss.CCCat.
- (41) Solicitando en muchos casos aclaraciones de la sentencia que muchas veces no son atendidas.
- (42) A diferencia de otros operadores jurídicos como los Notarios o los Registradores de la Propiedad.
- (43) El concepto de administración ordinaria se define en sentido negativo, se trataría de las actividades que no podemos considerar administración extraordinaria, es decir aquellas del artículo 222.43 CCCat.
- (44) Chimeno Cano, M. "Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal" Colección Monografías de Derecho Civil. Ed. Dykinson Los Mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas. 2013 pág.117 y ss.



- (45) A costa de sus derechos fundamentales
- (46) RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intervalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza" *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pág. 171 y ss. "Una difficoltà a cui ha iniziato a dare una risposta -prevalentemente in chiave diagnóstica- la moderna psicoanalisi.
- (47) PUGLIESE, G con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. "Istituzioni..." pag "Le XII tavole attribuirono agli agnati e ai gentiles la potestas sul furioo e sui beni"
- (48) Sin embargo, la tutela sí que aparece citada en la Tab. V.
- (49) D. 1, 18, 13, 1 (Ulp. 7 de off. procons.) *Furiosus, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. et ita divus Pius rescripsit. sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui paricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.*
D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) *Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: " Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admisit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturum nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosus non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint. "*
- (50) BONFANTE, P. *Corso di diritto romano* 11ª reimpr. Milano 1963. Es el primero en formular una teoría sobre la relación entre tutela y hereditas que resolvía con la confusión entre la figura del tutor y el heredero
- (51) GUZMÁN, A. "Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana". *Ediciones Universidad de Navarra*. Pamplona 1976 pág. 60 y ss. El Derecho arcaico no conoció una institución cuya función consistiera en proteger bienes (y menos la persona) del pupilo. Antes de que surgiera la *actio negotiorum gestorum*, los pupilos no tenían medios eficaces para exigir de su tutor las cuentas de su administración; solo por los hurtos, a través de la *actio rationibus distrahendis*, y una vez terminada la tutela.
- (52) PUGLIESE, G. con la colaboración di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. "Istituzioni..." pág. 274 "Nel periodo antico la tutela non era concepita come un istituto a protezione del l'impubere o della dona, bensí come un potere spettante al tutore nell'interesse propio e della familia de cui era esponente".
- (53) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. Aranzadi 2017, pág. 153 y ss. y de forma análoga puede encontrarse en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, *Derecho privado romano*. 6ª edición. IUSTEL 2013, pág. 213 y ss. "La tutela (...) evolucionó igual que pasó con la patria potestad, en el sentido de considerar prevalente la defensa de los intereses del pupilo, y de ser entendida más como una carga que como el ejercicio de un derecho, con lo que se aproxima al ámbito del *ius publicum*".
- (54) D. 26, 1, 1 (Paul. 38 ad ed.) *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*
- (55) D. 27, 10, 13 (Gai. 3 ad ed. provinc.) *Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.*
- (56) El profesor Fernández de Buján indica que la utilización del término *furiosus* para designar a las personas con enfermedad mental "obedece a que en los primeros tiempos, solo se habría previsto la situación de aquéllos casos que revestían una especial gravedad o agresividad". En el mismo sentido los textos citados en la nota 14.
- (57) D. 5, 2, 2 (Marcian. 4 inst.) *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.*
- (58) Varr 1.2.8 *Mente es captus atque ad agnatus et gentiles est deducendus.*
- (59) RANDAZZO, S. Op cit "Furor..." pág. 175. El autor resalta que las características que Rufo de Éfeso considera que caracterizan la 'melancolía', coinciden con lo que hoy podríamos denominar los síntomas habituales de la depresión.
- (60) RANDAZZO, S. Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza *IURA* 2014, XXII Jovene Napoli, pág. 172 Los términos son también desarrollados por Cicerón en (Tusc.3.5.11) donde distingue los distintos tipos de enfermedad mental, separándolas en función de sus manifestaciones externas.
- (61) D'ORS, X. "Sobre XII Tab. V,7 a "Si furiosus escit..." En este artículo el Profesor X.D'Ors identifica dos conceptos de *furiosus* en las obras de Cicerón: mientras que en las *orationes* y *epistulae* el *furor* tiene una consideración de "locura homicida"; en los escritos filosóficos y retóricos el *furiosus* sería aquella persona que no es dueña de su mente, el enajenado mental, sin ninguna consideración especial.
- (62) GUARINO, A. "Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae" en *Annali Universita di Catania*, 3 1949 y *Le origini quiritríe*. Napoli 1973 p. 247 y ss.
- (63) Hemos de hacer mención de la llamada Teoría de los intervalos lúcidos. Es decir, si el enajenado en los periodos de tiempo en los que se considera que la enfermedad -si bien no desaparece totalmente- se halla latente, puede realizar actos jurídicos vinculantes. La doctrina duda sobre si la formulación de esta teoría proviene o no de la época clásica. En este sentido Fernández de Buján afirma que "en la época post-clásica, sobre la base de precedentes clásicos, se estableció con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental, en periodos de lucidez. Randazzo, al tratar de la posibilidad de curación de la enfermedad mental, se inclina también por la admisión de los intervalos lúcidos no solo en las fuentes tardías si no también en la jurisprudencia clásica. Explica este autor que en Roma no se llegó a aceptar los intervalos de lucidez como una manifestación más de la misma enfermedad, si no más bien como periodos de curación temporales de la misma.
- (64) RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza" *IURA* 2.014;XXII Jovene Napoli pág. 171 "Secondo un autorevole dottrina tuttavia più che di continuità certamente necessaria per identificare la situazione di patologia psichica, la malattia avrebbe dovuto presentare i caratteri della definitività e ciò si sarebbe avuto soltanto laddove la follia fosse

conclamata nelle veste del furor e considerata "grave ed evidente, quindi praticamente inguaribile e definitiva". La incurabilidad viene siendo defendida por ZUCCOTTI, l "furor" del patricida e il testamento di Malleolo" *Labeo: rassegna di diritto Romano*, Vol. 37, Nº 2, 1991, págs. 174-226 y GUARINO A. "Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae" in *Annali Università di Catania*, 3 1949, pag 194 y ss.

- (65) DILIBERTO O. *Studi sulle origini della "cura furiosi"*. Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore, 1984, pág. 48.
- (66) DILIBERTO, O *Studi sulle origini della "cura furiosi"*. Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984 pág. 44 y ss. El autor mantiene que mientras para Guarino y Gallo el término *potestas* que aparece en las XII Tablas, se refiere a un poder intenso y absorbente que excluye la capacidad jurídica del subordinado, Archi considera que la *potestas* supone el ejercicio de un poder específico y parcial nella sua realtà effettuale; MIGUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. *Historia del Derecho Romano* PPU. Reimp. 2º ed. octubre 1995; pág. 34 y ss.
- (67) Ver en este sentido LANZA C. "Richerche su furiosus in Diritto Romano". *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990.
- (68) D. 50, 16, 215 (Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.) "Potestatis" verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.
- (69) GUARINO, A. *Il furiosus*, cit. sostiene que una muestra de que el pródigo o la persona con enfermedad mental no gozaban de capacidad jurídica, consiste en que en la Ley de las XII Tablas no hay ninguna norma sobre la sucesión del *furiosus*, y ello era lógico, ya

que la "muerte civil" suponía la apertura de la sucesión intestada. En todo caso se habría de tener en cuenta la posibilidad de que el pródigo o enfermo mental hubiera hecho testamento con anterioridad a la aparición de la causa que le impidiese autogobernarse.

- (70) LANZA C. "Richerche su furiosus in Diritto Romano" l. *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990, pág. 89 ambos autores destacan la particular circunstancia que se da respecto a D. 50, 16, 215 (Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.)
- (71) Paralelamente a esta evolución deberemos también tener en cuenta la influencia de tránsito de un modelo decenviral de familia agnaticia, a un modelo cognaticio.
- (72) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. Aranzadi 2017, pág. 158 "El enfermo mental, demens o insanus, no puede, en consecuencia, ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado", y en forma análoga FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano* 6ª Ed. lustel 2013, pág. 219 .
- (73) D. 28, 1, 20, 4 (Ulp. 1 ad Sab.) *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.*
- (74) Las fuentes presentan al pródigo desde una perspectiva objetiva: preocupa el resultado de una serie de conductas, pero no la causa por la cual estas conductas se realizan. Nada obsta a que el motivo de esta actuación pueda ser por ejemplo una enfermedad mental. Es paradójico que el concepto se defina desde una óptica objetiva (intrínseca del concepto) pero que al mismo tiempo en relación a terceros se caracteriza por la relatividad.
- (75) En la traducción del Digesto de D'Ors "A et alii" (Pamplona 1968) se traduce *mente captus* por deficiente mental. Es una de las acepciones posibles, si bien teniendo en

cuenta sobre todo el final del fragmento en la que el padre expresa la temporalidad del usufructo vinculándolo a la sanación y recuperación del cabal juicio, creemos que la traducción más adecuada sería la de enajenado.

- (76) Este trabajo se limita a aspectos civiles, no nos planteamos la posible responsabilidad penal especialmente respecto del *dolo* "Continua mentis alienatione omni intellectu careat" en este sentido el interesante Rescripto de Marco Aurelio y Commodo recogido en: D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) *Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: "Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosus non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint."*
- (77) AUDIBERT *La Folie et la prodigalité*, pág. 75 y ss.; SOLAZZI *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole*, pág. 245.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

(Sala Quinta) de 7 de agosto de 2018: Se admite que los intereses remuneratorios subsisten al declararse abusivos los moratorios, pero no resuelve completamente la cesión de créditos hipotecarios

Por Ángel Serrano de Nicolás
Notario de Barcelona

I. Cuestiones previas y marco jurisprudencial interno en que se da la STJUE de 7 de agosto de 2018

El resumen, y breve análisis, de la sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 7 de agosto de 2018, Sala 5ª (ECLI:EU:C:2018:643), que aquí hago, será comparándolo, en lo procedente, con el todavía en tramitación parlamentaria Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (PLCCI), que, como es sabido, fue presentado por un Gobierno (Partido Popular) y tendrá que ser bajo otro Gobierno en minoría (PSOE), con apoyos parlamentarios diversos y en que, además, los Grupos Parlamentarios que le dieron apoyo presentaron múltiples enmiendas incompatibles entre sí ⁽¹⁾, en no pocas ocasiones.

En este PLCCI de transposición, al ordenamiento interno español, de la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010*, hay alguna ausencia clamorosa, tal que en materia de ejecución (al margen de que su art. 28 sea inconcreto), y, además, en lo sí regulado presenta tantas luces como sombras, al menos en lo que ha sido y es el gran problema del sistema hipotecario español, que sigue siendo su fase de realización dineraria. Su rotundo fracaso se ha manifestado en su dilación en el tiempo (en no pocas ocasiones fruto del planteamiento de cuestiones prejudiciales, acertadamente planteadas, en general, pues no en vano han sido reconocidas por el TJUE); en la falta de postores; en la aún persistente problemática de las cláusulas abusivas; en la inadecuación del procedimiento eje-

cutivo, que exigió reformarlo a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social ⁽²⁾; en los problemas –cierto que menores– que ahora presenta la reclamación de la deuda hipotecaria a través del juicio ordinario, centrados en la necesidad de embargo y constancia de la hipoteca que se ejecuta cuando se acude a esa vía ordinaria, *cfr.* RDGRN de 1 de febrero de 2017; y, sobre todo, en la necesaria previa determinación de si es contrato real por ser préstamo ⁽³⁾, y, como consecuencia, de si es o no resoluble vía art. 1124 CC, pues admitido que entregado el capital ya solo subsisten obligaciones para el prestatario no habría ya obligaciones recíprocas, de momento y en el derecho interno se ha resuelto por la STS de 11 de julio de 2018 (ROJ: STS 2551/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2551), pero aún está pendiente de pronunciamiento en el TJUE. La cuestión no es precisamente baladí, e incluso para acomodarse al art. 28 PLCCI, convendría diferenciar *lo exigible por impago* –dejando subsistente la deuda no vencida y su garantía hipotecaria, no influyendo aquí el art. 1124 CC– y, frente a ello, *la posibilidad de dar por vencido el total capital del préstamo hipotecario*, en esta vía sí incide el vencimiento anticipado y su posible abusividad; así, es ya lugar común el admitir como abusivo el pacto de vencimiento anticipado que no contemple al menos tres cuotas impagadas, con indiferencia de que la Entidad de crédito se espere incluso a la media docena de cuotas impagadas para reclamar lo impagado. Y es esta inaplicabilidad del vencimiento anticipado por abusividad la que ha llevado a acudir al art. 1124 CC o al art. 1129 CC, para dar por vencido lo todavía pendiente de pago (v., al efecto, SAP Valencia, secc. 6ª, de 6 de febrero de 2018, aunque debe darse por superada con

la última jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, citada *supra*).

Si esto que se acaba de decir fuese poco, el PLCCI más parece llamado a pretender solucionar problemas derivados de la Directiva 93/13 y de la reiterada jurisprudencia del TJUE, que no la de transponer la Directiva 2014/17/UE, por otra parte de imperiosa necesidad en transponer (siquiera sea para que no nos sancionen por el grave retraso); en todo caso, no parece –salvo modificación sustancial– que vaya a configurar un marco estable y con plena seguridad jurídica (cuando menos para la adquisición y financiación de la vivienda habitual por los consumidores, que conviene recordar son bien y sujetos protegidos constitucionalmente, al efecto, arts. 47 y 51 CE/78); desgraciadamente el PLCCI no configura nada digno de singular mérito sino que incluso, y en lo que son problemas derivados de la Directiva 93/13, por haber hay hasta claros retrocesos respecto de la situación jurisprudencial actual (sea de lo resuelto por el TJUE o el nuestro TS). Tales retrocesos pueden apreciarse en *los intereses de demora* (art. 23 PLCCI), junto a que poco se avanza con la prevista *acta notarial previa*, pues en sí es una carga que se impone al consumidor (que no obligación), y, además, en ella se vislumbra que *pretende conseguir la vuelta a la ejecución sin posible oposición*, cuando por la forma imperativa de apreciación de la abusividad y la retroactividad resulta ya imposible reconstruir una ejecución pretérita y superada ⁽⁴⁾, y, finalmente, *la presunción contra el consumidor que no comparezca* (al margen de que podría hacerlo uno y no otro, o los deudores pero no los fiadores, con los consiguientes problemas al ejecutarse) tampoco es de recibo ⁽⁵⁾, por todo ello no se requiere ser adivino para intuir que acabará en el TJUE, por imponerse una



carga y presunción que no puede conllevar que el consumidor renuncie a la máxima protección (aunque sea por su inactividad), ni la previa acta notarial puede en sí evitar problemas de ulterior abusividad de alguna cláusula, concretamente de las cláusulas de efectos retardados (como lo es la cláusula suelo), derivados del cambio de circunstancias y consiguiente “carga económica” en sí imprevisible –entre el momento de celebración (o en que se realiza la comprensión material o sustantiva, con lo que entonces se puede conocer y explicar) y el de su aplicación (dados los decenios que dura el préstamo hipotecario), por ello no hay seguridad alguna de lo que se pretende se pueda alcanzar ⁽⁶⁾. A esto se une, y resulta ser albarda sobre albarda, que subsista la expresión manuscrita, que como reconoce la RDGRN de 20 de julio de 2018, ha devenido en modelo con “fórmula ritual”, por lo que cabe preguntarse si a ello se le puede llamar comprensión sustantiva por el consumidor o, más certeramente, copia literal de un párrafo ⁽⁷⁾, pues para reconocer que se le explica por el notario ya está la escritura pública que firma y de la que hace lectura íntegra el notario.

El PLCCI más parece llamado a pretender solucionar problemas derivados de la Directiva 93/13 y de la reiterada jurisprudencia del TJUE, que no la de transponer la Directiva 2014/17/UE, por otra parte de imperiosa necesidad en transponer (...); en todo caso, no parece –salvo modificación sustancial– que vaya a configurar un marco estable y con plena seguridad jurídica.

Todo ello, es decir, la información precontractual del prestamista (FIPRE, o ya transpuesta la FEIN, expresamente exigida por la Directiva, considerandos 40 a 45 básicamente y art. 14), el acta previa y esta simultánea expresión manuscrita (ninguna de las dos ni siquiera contempladas en la Directiva) y la necesaria lectura notarial del préstamo hipotecario derivan, todas superpuestas, en *sobreinformación*, que en sí resulta una práctica abusiva, tanto por gravosa para el consumidor, como por ir contra las previsiones de la propia Directiva, art. 14.3 y 4, que en línea contraria –y justo para evitar la sobreinformación y su



consiguiente carácter desincentivador para el que escucha o tiene que leer y abusiva tiene- indica que: “*Los Estados miembros podrán disponer [no que sea obligatorio] que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando un Estado miembro así lo disponga, exigirá que la FEIN solo deba volver [no que tenga o que se reitere] a facilitarse cuando se cumpla la condición indicada en el apartado 3, letra b)*”, por lo que igual que no por mucho madrugar amanece más temprano, tampoco por mucha documentación cuasi igual facilitada se da al consumidor más claridad e información, por tanto, sea dada a la información precontractual del prestamista la importancia que ya tiene y que exige la Directiva, pero no se añadan en contra –o cuando menos sin necesidad– de la propia Directiva más actuaciones gravosas para el consumidor, cuando justo y de quererse que el notario verifique la comprensión material o sustantiva, con un test o actuación similar, que tendrá que ser –e incorporarse– en el preciso momento en que presta su consentimiento informado, o sea cuando se autorice la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario, no antes, ni desde luego, por imposible, podrá ser después, sino justo en el momento en que se consiente el préstamo hipotecario.

En todo caso, y al margen de que en el otoño de 2018 ya seguramente –con la doctrina del propio TJUE– se podría solicitar su aplicación directa por falta manifiesta de

transposición (vgr., entre otros supuestos, prácticas vinculadas o combinadas), lo cierto –y más grave– es que junto a que convendría la máxima rigurosidad en recoger cuanto ya está resuelto por el TJUE (y por nuestro mismo TS sin que se haya presentado cuestión prejudicial), también convendría dar solución a lo previsto por su art. 28, por cuanto si algo ha puesto de manifiesto la crisis inmobiliaria es el estrepitoso fracaso de la realización de la hipoteca (y de aquí viene todo lo demás) ⁽⁸⁾, por ser proceso largo, caro e ineficaz para extinguir la deuda, y, además, ya resultar imposible la pretendida –de una u otra forma,– vuelta al procedimiento de ejecución sin contradicción (o solo por las tasadas causas). A la ejecución también ayudaría la supresión de fárragos (tal que en el vencimiento anticipado, cuando solo hay una que se aplica que es el impago, no poder arrendar, etc.), para que no haya problemas de ejecución, lo demás con las directivas europeas y jurisprudencia del TJUE es ya historia.

II. Jurisprudencia más relevante del propio TJUE que esta sentencia nos recuerda y reglas que deben tenerse presentes para aplicar la Directiva 93/13

Antes de seguir adelante, con los dos aspectos que resuelve esta STJUE de 7 de agosto de 2018, conviene extraer el claro resumen que hace de toda la Directiva 93/13 y de su jurisprudencia resultante,



que puede resumirse en los siguientes puntos, así:

1º.- *Presunción de no abusividad de las normas positivas*, se refiere no solo a “las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores” (Cdo. 13 Directiva 93/13), sino también, conforme al aptdo. 2 del art. 1 Directiva 93/13, a “las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”, punto 3 de la propia STJUE de 7 de agosto de 2018. Conviene recordar que en las que no son estrictamente imperativas o prohibitivas se requiere que no exista acuerdo, por tanto no cabe suplirlo si sí lo hay y se declara abusivo, y así el punto 42 de la propia STJUE literalmente dice que: “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva”; y, además, acude a mayor abundamiento, en su punto 43, al “auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada”. Lo aquí resuelto por el TJUE, en nuestro derecho interno, de aprobarse definitivamente el art. 13 PLCCI, afectaría a la jurisprudencia sobre el límite de los dos puntos en los *intereses de demora*, pues bastaría nada decir o transcribirlo literalmente para que se aplique la nueva previsión del dicho art. 13

PLCCI, lo que supone un claro regreso para el consumidor.

2º.- *Determinación de la abusividad* –art. 3, aptdos. 1 y 3 Directiva 93/13- requiere no solo que *no se haya negociado individualmente*, sino que, además, los pactos alcanzados “*contrariamente a las exigencias de la buena fe [contractual], causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato*”. Recuerda, además, que el Anexo de la Directiva 93/13 “*contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*”, habiéndose optado por nuestro legislador por el sistema de lista negra, o cláusulas que por su contenido siempre son abusivas (cfr. arts. 85 a 90 TRLGDCU), sin perjuicio de que, además, también pueda acreditarse la existencia de otras, pero en estas deberá acreditarse mientras que las expresamente declaradas abusivas lo son en sí. Deben tenerse presentes, al efecto hipotecario, los arts. 82 y 85.6 TRLGDCU, con la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor, como serían los intereses de demora que superaban el 15, 20 o incluso el 25%, triplicando o quintuplicando los intereses remuneratorios. Y su moderación por las SSTs de 22 de abril y 7 y 8 de 2015 se hizo extensiva a los contratos de préstamos hipotecarios en virtud de las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, que recoge en su punto 21.

Los elementos determinantes de la apreciación y determinación de la abusividad se concretan en:

a) *Trato leal y equitativo*, esta exigencia de tratar al consumidor de una manera leal y equitativa, la concreta en su punto 63 con cita expresa de la “sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C415/11, EU:C:2013:164), apartados 68, 69, 71 y 74”.

b) *Situación de inferioridad en la capacidad de negociación y en el nivel de información*, así expresamente se sanciona que el consumidor está “en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Biuro podróży «Partner», C119/15, EU:C:2016:987, apartado 28 y jurisprudencia citada)”. Resulta especialmente relevante la mención a la *información que se tenga por el consumidor al momento de concluir el contrato*, pues es obligación de la Entidad de crédito el tenerla, por razón de su actividad y profesionalidad exigible, y, a la vez, la de ponerla gratuitamente a disposición del consumidor como exigencia de la propia lealtad contractual. Pronunciamiento que influye, entre otros ámbitos, en la aplicación de la *cláusula suelo*, y la relevancia que para determinar su abusividad tendría el haber informado de la evolución de los tipos de referencia, que incluiría en relación al Euríbor el que podría llegar a estar por debajo de cero.

c) *Desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contrario a la buena fe*, así literalmente afirma, en su punto 65, que quedan prohibidas las cláusulas “que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartado 42)”.

d) *Conocerse al momento de la celebración del contrato*, conforme al art. 7 Directiva 93/13 junto a la no negociación y el desequilibrio por infringir la buena fe contractual, se exige tener “en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo”, con todas las circunstancias que concurran en este momento, cabe entender también en materia de información y, por tanto, de decisión.



e) *Imposibilidad de fijar unos criterios legales si excluyen la imprescindible valoración por el Juez*, pero sí puede fijarlos la Autoridad Judicial (en nuestro derecho interno el TS como órgano casacional) en aras a la seguridad jurídica (punto 68), pues la valoración debe hacerse de conformidad con *las circunstancias del caso concreto*, así la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 71; y, además, punto 67, se precisa que la Directiva 93/13 “se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartados 28 a 42)”.

f) *Apreciar la abusividad de los pactos contractuales es cuestión de orden público*, así en su punto 53 precisa que: “la cuestión de si una cláusula contractual debe declararse abusiva ha de asimilarse a una cuestión de orden público, incumbiendo al juez nacional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 44, y de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C488/11, EU:C:2013:341, apartados 40, 41 y 44)”.

Los efectos de la declaración de abusividad se concretan en:

a) *Evitar su reiteración*, así en su punto 69 *in fine* se precisa que la finalidad de la Directiva 93/13 “no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores”.

b) *Imposibilidad de moderarla*, o subsiste o se expulsa pero no cabe moderarla, así dice en su punto 73 que el juez nacional “está obligado únicamente a dejarla sin



aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada”.

c) *Posibilidad de subsistir el contrato sin la cláusula declarada abusiva*, así en su punto 75 resuelve que la finalidad de la Directiva 93/13 es “proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jörös, C397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C483/16, EU:C:2018:367, apartado 32)”.

d) *Imposibilidad de la integración del contrato en cuanto a la cláusula declarada abusiva*, así en su punto 78, precisa que el juez nacional la expulsará “sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato”.

e) *No vinculación de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato*, art. 6, aptdo. 1, y, consiguiente, necesidad de que el Ordenamiento interno disponga que “el contrato [celebrado entre profesional y consumidor] siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas [lo que es obvio que sucede en la cláusula suelo, o en el propio vencimiento anticipado].

3º.- *Necesaria existencia de control por el legislador interno*, mediante la existencia de “medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”, art. 7, aptdo. 1. Pudiendo incluso adoptar disposiciones más estrictas, por tratarse de una Directiva de mínimos.

4º.- *Plantear la cuestión prejudicial es misión que corresponde al juez nacional*, así en su punto 50 precisa, que: “corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia. Cuando las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 19 y jurisprudencia citada)”. Excluyendo



la posibilidad –punto 51– cuando la cuestión prejudicial “no guardan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 20 y jurisprudencia citada)”.

5º.- Interpretar el derecho interno corresponde exclusivamente a los tribunales internos, así lo sanciona expresamente la propia STJUE en su punto 57 al afirmar que “el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro (sentencia de 16 de febrero de 2017, *Agro Foreign Trade & Agency*, C507/15, EU:C:2017:129, apartado 23 y jurisprudencia citada)”. Pero también matiza en su punto 59 que la jurisprudencia del TS si tiene “carácter vinculante para los tribunales inferiores españoles, en el sentido de que estos tribunales se vean obligados, si no quieren ser censurados en casación, a declarar abusivas las cláusulas de este tipo”, lo que no deja de ser –cuando menos a efectos del derecho de la Unión– una específica forma de valorar la jurisprudencia.

III- Vuelta atrás en los intereses de demora en el PLCCI, junto a desafortunadas previsiones en otros extremos relevantes, como el vencimiento anticipado

Esta STJUE de 7 de agosto de 2018 –con cita expresa de las SSTs “265/2015, de 22

de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre”, que “se hizo extensiva a los contratos de préstamos hipotecarios en virtud de las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio”– ha admitido que la nulidad, por abusivos, de los intereses de demora no implica que no puedan seguirse devengando, y reclamando, los intereses remuneratorios⁽⁹⁾; por cierto, intereses remuneratorios que al día de hoy –en la generalidad de los préstamos hipotecarios– son más bajos que los intereses legales del dinero que resultarían del art. 1108 CC, por otra parte inaplicable por no darse ni siquiera su supuesto de hecho, que es no haberse pactado, vamos la diferencia que va entre lo inexistente (que es lo que contempla el art. 1108 CC, la falta de pacto) y lo nulo (pactado pero sin validez).

En el *vencimiento anticipado* (art. 22 PLCI)⁽¹⁰⁾, con copia de soluciones foráneas no es excesivo lo que se avanza e incluso puede crear confusión, no el porcentaje que claramente dice ser sobre el capital concedido (por lo que será irrelevante lo que se deba); pero sí puede crear confusión el plazo, si ha habido amortizaciones parciales con aplicación al vencimiento en lugar de a la cuota, aunque, en todo caso, dice duración, y eso es lo que todavía queda no por lo que se concedió.

En la *cláusula suelo* nada se avanza, quizás por considerarla válida sin más por la altamen-

te discutible intrínseca validez que le dio la ya citada STS 241/2013 de 9 de mayo⁽¹¹⁾, cuando luego con una construcción jurisprudencial propia se vienen anulando prácticamente una tras otra las cláusulas suelo⁽¹²⁾, en lo que, sin duda, influye el tiempo en que se contrataron y solemnizaron.

No tiene que ser difícil resolver lo relativo a los gastos –notariales, registrales, de gestión y de tasación (aquí hay que tener presente la reforma operada por el art. 5 Ley 41/2007 en el art. 3 bis I) a la Ley 2/1981, de 25 de marzo); pero conviene resaltar que algunas de las soluciones doctrinales ofrecidas presentan claras distorsiones de lo que es un préstamo hipotecario.

Finalmente, no tiene que ser difícil resolver lo relativo a los gastos –notariales, registrales, de gestión y de tasación (aquí hay que tener presente la reforma operada por el art. 5 Ley 41/2007 en el art. 3 bis I) a la Ley 2/1981, de 25 de marzo)⁽¹³⁾; pero conviene resaltar que algunas de las soluciones doctrinales ofrecidas presentan claras distorsiones de lo que es un préstamo hipotecario; así, cierto es que la hipoteca es accesorio, pero igualmente cierto es que para ser préstamo hipotecario sujeto a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (LMH), y a la que están sujetos todos los que conceden las Entidades de crédito, se requiere ser primera hipoteca sobre el pleno dominio y estar inscrita en el Registro de la Propiedad (*cfr.*, al efecto, art. 5, primer párrafo LMH); además, acudir a la distinción entre matriz y copia autorizada resulta chocante a estos efectos, pues sin copia autorizada no se puede inscribir (art. 3 LH), y sin inscripción no hay préstamo hipotecario, unido a que no se pide, ni se concede un préstamo (y luego se añade una hipoteca), sino que siempre se trata de un préstamo hipotecario, y este para serlo, con todos sus efectos, singularmente el de realización dineraria, *cfr.* art. 130 LH, requiere estar inscrito; no puede olvidarse que el préstamo hipotecario concedido conforme a la legislación del mercado hipotecario tiene un régimen jurídico propio⁽¹⁴⁾, que no es el mismo del préstamo hipotecario entre particulares o profesionales, ni cuando no es Entidad de crédito la acreedora. Esta



sujeción a la legislación del mercado hipotecario tiene importancia trascendental en materia de cesión de los créditos (como se verá), en que también resulta de interés la Ley 41/2007, basta acudir al cambio de interpretación ofrecida –y expresamente reconocida– por la RDGRN de 14 de mayo de 2015 ⁽¹⁵⁾.

IV. Cesión de créditos hipotecarios: No queda resuelta la posible abusividad de la cláusula de renuncia a la notificación, omnipresente en los préstamos hipotecarios de Entidades de crédito, cuando la cesión supone un cambio de régimen jurídico

En lo que concierne a lo resuelto sobre la cesión de créditos, aunque aquí me voy a referir en exclusiva a los créditos hipotecarios, entiendo que no resuelve definitivamente ni para todos los posibles intervinientes, singularmente los fiadores, los problemas que derivan de la cesión de créditos hipotecarios, sobre todo en lo que hace a la cláusula –y, además, condición general predispuesta por la Entidad de crédito– de renuncia a la notificación caso de cesión del crédito hipotecario por la Entidad de crédito ⁽¹⁶⁾, en tanto se sujetó a la legislación del mercado hipotecario, lo que no requiere de una mención expresa, sino que resulta de acogerse a una operativa que solo será posible de haberse sujetado a dicho régimen jurídico de la LMH.

No queda resuelto el problema de la cesión de créditos hipotecarios, dado que ni las afirmaciones del Abogado General son –con carácter general– exactas y completas ⁽¹⁷⁾, ni lo que resuelve la STJUE de 7 de agosto de 2018 lo es tampoco ⁽¹⁸⁾, pues se centra en exclusiva en lo que es la práctica empresarial, pero no trata, cierto que porque tampoco se le planteó, que sucedería si lo cedido es un crédito hipotecario (con cláusula genérica de renuncia a la notificación) y lo que sucede es que sí cambia el régimen jurídico por venir determinado por razón del acreedor (en concreto si se es o no una Entidad de crédito), pues en este último caso y aunque las obligaciones del deudor hipotecario puedan subsistir exactas (lo que puede ser discutible), no solo de obligaciones se integra la relación crediticia, dado que también tiene el deudor hipotecario –en los préstamos sujetos al mercado hipotecario, que lo son prácticamente todos que tienen a una Entidad de crédito como acreedora– concretos dere-



chos (cuando menos *in abstracto*). Pero es que no acaba aquí la cosa, pues justo el que sea uno u otro el acreedor crediticio sí cambia el régimen jurídico, no es lo mismo que lo sea una Entidad de crédito o “un fondo buitre”, así resulta de que solo las Entidades de crédito pueden acogerse a la legislación del mercado hipotecario (art. 2 LMH), y solo a ellas se les puede aplicar la regulación de novaciones y subrogaciones hipotecarias (Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, modificada sustancialmente por la Ley 41/2007, con la posibilidad de novaciones –plazo, tipo de interés, etc.– con unas beneficiosas condiciones fiscales).

A ello debe unirse que no se trata tanto de aplicarse o no el art. 1535 CC, cuya aplicación ya por otra parte aparece forzada, sino a cómo incide respecto de deudores hipotecarios y fiadores la cesión de un crédito hipotecario, en tanto que es una novación subjetiva del acreedor. La discusión, por tanto, debería centrarse en el ámbito de la novación subjetiva y la regulación que a la misma dedica ya hace más de un siglo el CC, pues, no en vano, se trata de relaciones jurídicas incompatibles entre sí, o sea la existente con la Entidad de crédito y la que pasa a tenerse con el “fondo buitre”, y son incompatibles por su distinto régimen jurídico, como resulta de que de estar sujetas a la legislación del mercado hipotecario y a la de novaciones y subrogaciones pase, tras la cesión a un “fondo buitre” a estar sujeta al

régimen ordinario, lo que sí implica –a mi entender– la necesidad de la notificación ⁽¹⁹⁾, pues la renuncia no puede extenderse a cualquier cambio de sujeto acreedor (tal que la cesión un “fondo buitre”) sino a ser únicamente aplicable a cuando no cambia la relación jurídica, tal que en caso de fusión entre Entidades de crédito. Además, para el deudor pueden subsistir las mismas obligaciones, pero no los mismos derechos (lo que en sí ya produce un manifiesto desequilibrio jurídico, apartado 46), al efecto, basta pensar en la posibilidad de enervar la ejecución hipotecaria, conforme al apartado 3 del artículo 693 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación operada por la DA 3ª Ley 41/2007, y, en todo caso, en la práctica se le imponen gravosas cargas, como la no baladí de saber dónde y a quién pagar, todo o parte, lo que sí engendra merma de garantías para el deudor (apartado 47 *in fine*).

Si ya el cambio de régimen jurídico es trascendente no lo es menos que la cesión sea por un *precio irrisorio* ⁽²⁰⁾, pues ello nos llevaría directamente a la falta de causa, lo que en nuestro Derecho interno implicaría la nulidad de la cesión, dado que la causa es elemento esencial en todo contrato (art. 1262 CC), y su falta produce la nulidad, art. 1275 CC.

Convendrá, pues, deslindar muy claramente lo que son cesión de préstamos o créditos personales, de lo que son cesiones



de créditos hipotecarios, que incluso para la prescripción en su reclamación tienen tratamiento propio, al efecto, art. 1964 CC (y SSTs de 8 de noviembre de 1960, 27 de mayo de 2002 y 10 de diciembre de 2007). Prescripción también relevante cuando lo que se ejercita no es la acción hipotecaria –sujeta a los 20 años– sino una acción personal, que tal sería el juicio ordinario de reclamación de deuda, pues aquí serían los cinco años del vigente art. 1964.2 primer párrafo CC.

Para los *fiaadores* el cambio de régimen jurídico es trascendental, pues afianzan una concreta deuda y frente a un concreto acreedor, y, desde luego, tras la cesión nace –por incompatibilidad con la anterior– una nueva relación jurídica (por el cambio de régimen jurídico), con unos derechos distintos, y, en razón de ello, será de aplicación el art. 1204 CC, que extingue la antigua relación jurídica (afianzada) para nacer una nueva, consecuencia de la incompatibilidad de régimen jurídico de ambas (como se ha expuesto), y, por ello, no es que desaparezca la obligación de pago del deudor, sino que la nueva forma de pago y frente a un nuevo acreedor hace que nazca una nueva relación jurídica, y conforme a ella (de no incidir otras vicisitudes jurídicas, que ya se ha dicho que sí pueden darse por razón del precio irrisorio, tal que la nulidad de la cesión) deberá satisfacerse lo debido, pero para el acreedor actuará el art. 1207 CC, conforme al que extinguida la obligación principal, y aquí lo está por razón de la nueva que surge frente al “fondo buitres”, no podrá subsistir la obligación accesorio que es la fianza, ni la hipoteca del no deudor, pues era otra la obligación garantizada, y, desde luego, el “fondo buitres” no es tal tercero, contemplado por el propio art. 1207 CC.

IV.- Conclusiones

Queda resuelto que declarados abusivos los intereses de demora queden subsistentes los intereses remuneratorios, aunque un destacado sector doctrinal lo consideraba inadmisibles, por entender que era un supuesto de integración de cláusula abusiva, no admitido por la Directiva 93/13, ni por la que entendían era interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE.

Queda pendiente de resolver, no obstante el pronunciamiento sobre la cesión de créditos, lo que es el supuesto habitual

de renuncia a la notificación por los consumidores, pues se trataría de plantear –al no coincidir con lo planteado y resuelto– por el juez nacional si, efectivamente, es abusiva la cláusula, y condición general predispuesta por las Entidades de crédito, de la renuncia a la notificación en caso de cesión del crédito hipotecario, que cuando es a “un fondo buitres” por una Entidad de crédito sí supone un cambio de su régimen jurídico, por dejar de serle aplicable la legislación del mercado hipotecario, al ser inherente a las Entidades de crédito y no a los “fondos buitres”. Y esta falta de notificación sí parece abusiva, y nada tiene que ver con el art. 1535 CC, en cuanto implica un cambio de régimen jurídico; otra cosa sería –y nada que objetar a la falta de notificación– cuando es una fusión bancaria, pues aquí el régimen sí sigue siendo el mismo, y hay una sucesión universal.

Queda pendiente de resolver, no obstante el pronunciamiento sobre la cesión de créditos, lo que es el supuesto habitual de renuncia a la notificación por los consumidores, pues se trataría de plantear –al no coincidir con lo planteado y resuelto– por el juez nacional si, efectivamente, es abusiva la cláusula.

Queda en situación muy problemática –incluso aunque se dé la presunción de legalidad de las disposiciones nacionales– la nueva regulación de los intereses de demora; y, en todo caso, con su nueva regulación, supone un manifiesto retroceso para el consumidor, además de trato desigual –sin justificación ninguna y menos cuando hay garantía hipotecaria– frente al préstamo personal (en el que seguirá el tope de los dos puntos).

Queda pendiente de desarrollo el art. 28 de la Directiva que se transpone, pues justo la falta de eficacia del procedimiento de ejecución es lo que ha dado lugar a la clara falta de seguridad jurídica en su ejecución, aunque en todo caso –y cualquiera que se pretenda el remedio *ex ante*– no podrá evitarse que puedan surgir supuestos de abusividad en las cláusulas de efecto retardado, al tenerlo que hacer conforme a las circunstancias e información al momento de celebrar el contrato.

Queda, pues, todavía muy comprometido –con la actual redacción del PLCCI– la existencia de un marco estable en la concesión y, en su caso, ejecución de los préstamos hipotecarios, pues incluso no se respeta lo ya resuelto por el TJUE y por nuestros TS, lo demás es abonarse a la reiteración –por otra parte obligatoria para el juez nacional– de seguir planteando cuestiones prejudiciales, sobre casos concretos.

- (1) Al efecto de conocer las diversas enmiendas puede acudir al enlace del Congreso de los Diputados http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF
- (2) Objeto también de cuestión prejudicial, planteada por la secc. 3ª de la AP Castellón, resuelta por STJUE de 17 de julio de 2014, referente al asunto C-169/14, por razón de la nueva redacción dada –por la Ley 1/2013– al art. 695.4 LEC, que tuvo que volverse a modificar por RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y, finalmente, Ley 9/2015.
- (3) Distinción entre el contrato real y consensual, que cierto que podrá verse diluido en múltiples ocasiones, pero cuya distinción sí subsiste y así lo sigue contemplando la reciente reforma del *Code français*, nuevo art. 1109, tras la reforma operada el 1er octubre 2016, *Ord. n° 2016-131*, 10 févr. 2016.
- (4) Basta acudir a las SSTJUE Aziz y Gutiérrez Naranjo, STJUE (Sala 1ª) de 14 de marzo de 2013 y STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016.
- (5) *Vid.*, al efecto, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, reseña de ARROYO AMAYUELAS, Esther/ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 145 pp., en concreto, p. 161, sin perjuicio de que como parece lo adecuado, y así literalmente lo afirma: “El control notarial en esta fase final me parece muy positivo”, el problema estará en la forma y vía como se haga, no sea que se logre poco y se entorpezca mucho.
- (6) Tampoco puede desconocerse que como afirma esta misma STJUE de 7 de agosto de 2018, no procede moderarlas sino expulsarlas, y habiéndose ejecutado cientos de préstamos hipotecarios sin problemas en ellas, con idéntica redacción, solo podría ser la Autoridad Judicial, como así ha sido, la que decretase su abusividad, pues otra cosa es que sean palmariamente contrarias a una norma imperativa (como dirá, de persistir su redacción el nuevo art. 84 TRLGDCU). También ahora queda claro, tras la ya citada STJUE, asunto Aziz, que pueden apreciarse de oficio en cualquier fase del proceso de ejecución,



incluso cuando ya procede el lanzamiento del deudor de su vivienda habitual.

- (7) Para la relevancia de dicha transcripción manuscrita resulta trascendente –al resaltar que, como regla general y menos de forma imperativa, transcribir no es comprender– la STS de 11 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238), por referirse también al PLCCI, y así dice respecto de un texto manuscrito habitual: “Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”. / Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio: / «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.» [Pues, además, y como recoge de la jurisprudencia del TJUE, resalta que:] 9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción”, no parece pues que la mejor forma de manifestar que lo ha entendido –y menos en sus consecuencias jurídicas y económicas, por otra parte imprevisibles y de ahí que puedan acabar siendo abusivas– sea copiando todo consumidor de cada concreta Entidad de crédito un mismo texto, además ritual e idéntico.
- (8) Conviene no olvidar que ha habido otras propuestas para la realización de la hipoteca (que no la judicial o notarial con más o menos similares trámites y efectos, singularmente para el lanzamiento o desahucio), en concreto, en el Derecho francés, y no como reforma de su legislación procesal, sino dentro de las garantías, está el pacto comisorio (article 2458. Modifié par

Loi n°2007-212 du 20 février 2007 - art. 10 (V) JORF 21 février 2007- cierto que no para la vivienda habitual, aunque es lo que más ha censurado su más autorizada doctrina, así Ph. DELEBECQUE, “Le régime des hypothèques”, *La Semaine juridique – Édition Notariale et Immobilière*, n° 19, 12 mai 2006, p. 943; a lo que me referí más ampliamente en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)”, *El notario del siglo XXI*, n° 21, 2008, pp. 130-135 <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532>

- (9) Así lo defendí ya inicialmente en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización de valor, en su actual configuración”, en Col.legi de Notaris de Catalunya, *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid [et al.], Col. legi de Notaris de Catalunya-Marcial Pons, 2013, pp. 219-220; después en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “La sentència de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de març de 2013 (Assumpte C-415-11, M.A. versus Catalunya Caixa): La seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual”, *Revista Catalana de Dret Privat*, n° 14, 2014, pp. 130-131; de forma más extensa en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Interessos de demora i altres possibles clàusules abusives: impossibilitat de moderar-los si són declarats abusius”, *Revista catalana de dret privat*, vol. 2, 2015, pp. 153-155; y, finalmente, en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, en E. Arroyo y Á. Serrano (dirs.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid [et al.], M. Pons, 2016, pp. 124-124 (accesible en: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/publicacions/La%20europeizacio%20del%20Derecho%20privado.pdf).
- (10) En cuya Exposición de Motivos dice que: “la nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Así, mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado”, ahora se cambia la autonomía de la voluntad por un régimen imperativo, en que es el legislador el que determina qué es “suficientemente significativo”.
- (11) Además de que sea o no abusiva, lo que sí es el “cero” –un sus diversas manifestaciones– es cláusula suelo, *vid.*, al efecto, RDGRN de 8 octubre de 2015 (para cuando no se

beneficie de los intereses por debajo de cero) y RDGRN 20 de julio de 2018 (para cuando aunque reste no se cobrarán intereses, y GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, “Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2017, pp. 433-437), exige distinguir entre lo que es tipo de referencia y margen o diferencial (de su suma –que obviamente podría dar un resultado negativo– resultará el interés a pagar y, sin duda, mucho tendría que bajar –el tipo de referencia– para que sea negativo o menos que cero el interés a pagar, una vez adicionado el diferencial), junto a ello no puede ser práctica comercial el actuar a pérdidas (ni siquiera en las cuotas iniciales, reduciendo al efecto la fase inicial para la revisión del tipo de interés); además, el margen o diferencial, entre otras cosas, lo que justifica que pueda ser mayor o menor para uno u otro consumidor o por una u otra Entidad de crédito, serán tanto las condiciones económicas y personales del consumidor como la mayor o menor eficiencia de la propia Entidad de crédito; y, junto a esto, no cabe olvidar que en nuestro sistema está el art. 1255 CC, que no admite los pactos contra el orden público, sea jurídico o económico (a lo que me he referido en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE”, en I. Sánchez Ruiz de Valdivia y M. Olmedo Cardenete (dirs.), *Presente y futuro del Mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y Empresarios/as*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 320-325); y, desde luego, parecería que establecer como mínimo el diferencial, despreciando que el interés de referencia (hoy por hoy el Euribor) pueda ser negativo, sí iría contra el orden público económico, pues ya puede estar por debajo de cero el Euribor –para fomentar la economía– que el consumidor siempre pagará el diferencial cuando menos, otra cosa sería que incluso el diferencial más el tipo de referencia o Euribor pudiera ser negativo (cosa bastante improbable, incluso con los exiguos diferenciales que se concedieron en alguna época, tal que solo el 0,30% y de forma amplia y publicitada el 0,50% o 0,75%), pero es que incluso en este caso la Entidad de crédito no tendría que pagar intereses, pues la cuota no es sino capital más intereses, y de ser estos negativos lo que resultaría es una cuota inferior, junto a que la retribución del capital no tiene que ser en cada cuota sino a lo largo de la amplia duración del préstamo, al efecto, mi editorial de *La Notaria*, SERRANO DE NICOLÁS, Á., “La inaplazable regulación de la ejecución del préstamo hipotecario y, de paso, toda su íntegra regulación, incluso los ‘intereses’ negativos”, *La Notaria*, n° 3, 2015, pp. 3-4; y, RDGRN de 8 de octubre de 2015 y,



más recientemente, la ya citada RDGRN de 20 de julio de 2018.

- (12) Como también debe resaltarse que la solución de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido resaltada, como singular y, desde luego, diferente de la alemana de la transparencia, por la doctrina italiana, así se le dedica un apartado específico -por PAGLIANTINI- bajo el título de “La vicenda delle clausulas suelo secondo il canone del Tribunale Supremo spagnolo: la ‘mancanza di trasparenza’ come requisito sufficiente di vessatorietà della clausola”, en la obra D’AMICO, G. y PAGLIANTINI, S. *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, Giapichelli, 2018, pp. 89-97.
- (13) El problema del pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados ya está resuelto por la STS, Sala 1ª, nº 147/2018, de 15 de marzo de 2018; y, por otra parte, aún podrían presentar problemas la comisión de apertura, y, en general, todas las comisiones fijadas a *forfait* (en tanto guarden escasa proporción la actividad a realizar con la cantidad a cobrar), pues como tales comisiones, que no intereses (al margen de su intervención para calcular la TAE), tienen que responder a una actividad y gasto concreto.
- (14) Al efecto, SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Incumplimiento y ejecución: Opciones extrajudiciales eficientes”, en E. Lauroba Lacasa (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 341-348.
- (15) Para estas y otras cuestiones conexas me remito a SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Reforma hipotecaria (y iii). Renegociación y refinanciación de préstamos y créditos hipotecarios”, *Iuris-Actualidad y práctica del Derecho*, nº 131, octubre 2008, pp. 35-38, aunque la misma literalidad de la nueva regulación ya ofrecía la solución que tarda ocho años en reconocerse, y, en esencia, cuando había pasado lo peor de la crisis.
- (16) Al efecto recuerda esta STJUE de 7 de agosto de 2018, punto 39, como ya el Abogado General puso de “relieve en el apartado 43 de sus conclusiones, [que] resulta claramente del tenor literal del artículo 1, apartado 1, y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como de la concepción general de la misma, que la Directiva se aplica únicamente a las cláusulas contractuales, y no a las meras prácticas”, y, en efecto, en todos los préstamos hipotecarios lo que hay es como condición general una cláusula de renuncia a la notificación en caso de cesión, y la abusividad o no de esta cláusula no queda resuelta con este pronunciamiento, pues resulta indiscutido que debe admitirse la cesión de créditos, lo que puede plantear la abusividad es la cláusula, que si existe en los contratos de préstamo hipotecario, y

su relevancia para deudores y fiadores, en tanto con la cesión para aplicarse un nuevo régimen jurídico, que no es ya bajo el que se contrató, pues no es ya aplicable toda la regulación del mercado hipotecario.

- (17) Así se afirma: “46. En este contexto, considero también importante destacar que la cesión de crédito controvertida en el presente asunto no modifica en absoluto el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor consumidor [no es precisamente una afirmación exacta cuando es un préstamo hipotecario de una Entidad de crédito, y no lo es dado que el ser o no acreedora una Entidad de crédito es lo determinante de estar o no sujeto al régimen jurídico del Mercado Hipotecario, con su posible subrogación o novación, cuando menos *in abstracto*, otra cosa es que se vaya o no hacer, pero el régimen jurídico y, por ello, el contenido sí quedan alterados, dado que no podrá ya aplicarse en cuanto sea acreedora una de las entidades o “fondos buitre”]. Tal cesión, que se produce mediante un contrato entre el profesional cedente y un tercero —contrato del que el consumidor no es parte—, no puede, tal como exige el artículo 3 de la Directiva 93/13, causar en detrimento de ese consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes [y si causa detrimento al no poderse aplicar ya, por dejar de ser acreedora la Entidad de crédito, la normativa específica del mercado hipotecario]./47. Parece, además, bastante evidente que tal práctica de cesión de crédito, que es una posibilidad bien conocida en el Derecho civil de los Estados miembros, no puede asimilarse a las cláusulas contractuales mencionadas en el anexo relativo a las «cláusulas contempladas en el apartado 3, letra f), del artículo 3 de la Directiva 93/13», concretamente a las que tengan en particular por objeto o efecto «autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente». La cesión de crédito controvertida en el litigio principal es, por otra parte, claramente distinta de las cláusulas mencionadas en la letra p) de ese mismo anexo, ya que no puede «engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste» [en las cesiones de créditos hipotecarios sí las causa, como ya se ha dicho, al no podersele aplicar la legislación del mercado hipotecario]. En efecto, la cesión de crédito tiene un efecto neutro para el deudor [lo que en la cesión del crédito hipotecario de lo dicho resulta que no es neutro, por la distinta legislación aplicable según sea o no acreedora una Entidad de crédito]. El hecho, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la cesión se haya hecho a favor de un «fondo buitre», que actúa con fines especulativos, por un precio muy inferior, o incluso irrisorio [esto, aunque en el orden interno, sí podría suponer falta de causa y, por tanto, la nulidad de la cesión, *cf.* arts. 1262 y 1275 CC], respecto del importe del crédito inicial carece de incidencia sobre la propia naturaleza de la obligación contractual que recae sobre el consumidor”.

- (18) Así afirma en su punto 41 que “al no existir ninguna cláusula contractual relativa a este punto, la Directiva 93/13 no se aplica a las prácticas a que se refieren las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16”, esta afirmación es completamente inexacta de trasladarse a la cesión de préstamos hipotecarios sujetos a la legislación del mercado hipotecario, que sí contienen cláusula general de renuncia a la notificación, y, obvio que no es lo mismo que sigan siendo acreedores una Entidad de crédito que uno de los llamados “fondo buitre”, no por su mayor o menor rigor al exigir el pago, sino porque sencillamente el cambio de acreedor supone el cambio de régimen jurídico, al salir tras la cesión el préstamo hipotecario del ámbito de la legislación del mercado hipotecario, que incluye también la Ley 41/2007, y sus previsiones en orden a la novación y subrogación hipotecaria.
- (19) Por lo que hace a Cataluña deberá estarse al art. 569-28 CCCat —redactado por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto—, que literalmente dice: “Artículo 569-28. Obligaciones garantizadas por una hipoteca y cesión del crédito hipotecario. / 1. Puede constituirse una hipoteca en garantía de todas las clases de obligaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y con lo que, para cada caso, dispone la subsección segunda. / 2. El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula”; aunque en su DT 7ª, dispone que: “La modificación del artículo 569-28 no es de aplicación a las cesiones de créditos o préstamos hipotecarios que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de la presente ley”.
- (20) Conviene recordar que incluso en la ya citada reforma francesa de su derecho de obligaciones de 2016, en que formalmente desaparece la causa, a lo que me he referido en SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Reforma de la teoría general de los contratos y del Derecho de Obligaciones en Francia”, *La Notaria*, nº 1, 2016, p. 123; su más reciente y autorizada doctrina, por todos, D. MAZEUD, “Observations conclusives”, en *Réforme du Droit des Contrats: quelles innovations?*, *Revue des Contrats*, 2016, pp. 53-54, entre los ejemplos que cita de posible control de la licitud del contrato, y de su consiguiente nulidad, está el supuesto del precio irrisorio.

Un *Lei* para mi amigo, por favor

Leticia Ballester Azpitarte
Notario de Torredembarra

Hasta ahora no ha suscitado un gran interés profesional la introducción del Código LEI, más allá de remitir a los titulares de personas jurídicas que cotizan en mercados regulados al Registro Mercantil correspondiente, con el fin de rellenar el impreso normalizado para su obtención. El Código LEI -*Legal Entity Identifier*- es obligatorio desde el 3 de enero de 2018 para toda entidad legal que quiera operar en productos de renta variable (una acción del Santander) o fija (un bono del Estado o de Iberdrola), como ya era desde noviembre de 2017 para operar en derivados (productos que cambian de interés variable a fijo) y seguros de cambio (SWAP, warrants, ect.). Este código alfanumérico de 20 dígitos sirve para identificar a nivel mundial a toda entidad jurídica que sea parte contratante de una transacción financiera y su obtención puede realizarse a través del Registro Mercantil mediante el pago de una tasa de 100 euros más IVA, caducando y debiendo ser objeto de renovación anual mediante el pago de una tasa de 50 euros más IVA.

Según la web del Banco de España (www.bde.es), el Código LEI nace como proyecto del G20 para evaluar las interdependencias existentes en los mercados financieros globales (lo que se conoce como riesgo sistémico) evidenciados tras la crisis de Lehman Brothers. Si toda socie-



dad -o persona jurídica en general- que va a comprar o vender acciones o deuda precisa de un identificador único, podrá conocerse qué entidades poseen qué valores, abriendo todo un abanico de posibilidades en materia de evaluación de riesgos y sabiendo, por ejemplo, si una entidad bancaria quiebra, quién posee sus valores, y por tanto a quién afecta o quién puede verse arrastrado por dicha insolvencia. La

justificación última de su implantación, por tanto, sería la transparencia de los mercados financieros (y no, como podría parecer inicialmente, la lucha contra el blanqueo de capitales), dotando al Código LEI y a la información asociada al mismo de uno de sus rasgos fundamentales -la vocación de bien público-, lo que determina a su vez su obligatoriedad y libre acceso (dicha información no está sujeta a

restricciones de confidencialidad, pudiendo consultarse en la web del Ministerio de Justicia creada al efecto o la web de la Fundación Global LEI, con sede en Suiza, si se emitió fuera de España) pero no, como decíamos al principio, su gratuidad.

Tras la delegación efectuada por la DA2ª del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, a los Registros Mercantiles, los interesados deben presentar una solicitud aportando los datos básicos de la entidad, tales como el nombre oficial, el domicilio legal y real de la sede principal de la entidad, el país o región de jurisdicción legal, la forma social, el número en el Registro de entidades y nombre del Registro, la fecha de registro inicial del LEI o de la última actualización de datos. También se exigen, según la web pública del Ministerio de Justicia (www.justicia.lei.registradores.org), los datos de la persona de contacto y representante legal, acreditando si actúa directamente en representación de su entidad o si formula la solicitud en interés de otra, en virtud de mandato expreso. Ahora bien, esto podría cambiar tras la Resolución de 11 de abril de 2017 por la que se resuelve la consulta formulada por el Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre diversas cuestiones relativas a la gestión del denominado Código Identificador de Entidades Jurídicas (Código LEI), que establece el significado y alcance de la solicitud en interés de un tercero.

La citada web del Ministerio de Justicia, en su apartado de preguntas frecuentes, bajo la rúbrica ¿Quién puede solicitar un LEI para una entidad?, señala que podrá hacerlo “un representante legal de la sociedad con facultades para ello, [pudiendo] ser un representante de la sociedad que figure en las escrituras o una tercera parte apoderada”. Añade que, “en el caso de que la solicitud la haga una tercera parte apoderada, se deben presentar los datos necesarios que acrediten el poder de representación”. Ahora bien, la citada Resolución de la DGRN, con el fin de aclarar y actualizar los principios y criterios por los que se debe regir la gestión del sistema en España, y ante las dificultades encontradas por las entidades financieras que se ven en la necesidad de gestionar para sus clientes la obtención o renovación del LEI, “motivadas por el requisito de acreditación del mandato para actuar en interés de [los mismos]”, que hace que acudan a otros puntos de obtención fuera de nuestro

país “ante la mayor laxitud de procedimientos y menor rigorismo en la acreditación de dicho mandato”, se decanta por no exigir al presentante de la solicitud la acreditación de su relación contractual. Como segundo motivo, de índole más práctica, señala que el formulario de solicitud del LEI está estandarizado no sólo en su contenido sino también en su forma, de manera que exigir la aportación física de la autorización expresa para obtener o renovar un LEI “quebraría el carácter telemático del procedimiento”.

En particular, la DGRN considera aplicables al procedimiento LEI los artículos 6 de la LH, 39 de su Reglamento y 45 del Reglamento del Registro Mercantil, que incluyen en la categoría de “representantes” de los interesados en obtener la inscripción a los “presentantes” de la documentación correspondiente. En todo caso, en cuanto a las responsabilidades que pudieran derivarse de la solicitud del código LEI de una entidad sin autorización de la misma, se contenta con sancionar la aplicación de las normas de la gestión de negocios ajenos sin mandato, que engloban el caso fortuito y no solamente el dolo o la culpa *in solicitando* (1891 CC). Por tanto, podremos prescindir del verbo *acreditar* (empleado no obstante en la web del Ministerio de Justicia) y movernos en el ámbito de *alegar*, quedando al arbitrio de la entidad presentante cómo recabar –y conservar– el permiso explícito de sus clientes, y quedando los trámites para el LEI totalmente al margen de las normas generales sobre representación.

En varias ocasiones, la resolución de abril de 2017 se refiere a las entidades de crédito, refiriéndose en particular a los supuestos en los que ellas mismas actúan como contraparte en los contratos de derivados, siendo sus clientes exclusivamente beneficiarios de las operaciones. Dichas entidades, ciertamente, se ven en la necesidad de agilizar urgentemente la identificación LEI de sus clientes tras la entrada en vigor, el pasado 3 de enero, del Reglamento Delegado (UE) 2017/590 de la Comisión, de 28 de julio de 2016, que regula las obligaciones de notificación a las autoridades competentes, a efectos de vigilancia del mercado, de una serie de operaciones de adquisición y enajenación de instrumentos financieros (lo que se conoce como *Transaction Reporting*). Precizando de un LEI que identifique al cliente que participe en las transacciones para poder activar dichas obligaciones de comunicación, la Autoridad Europea de



Valores y Mercados (ESMA), conocedora de las dificultades iniciales del procedimiento de solicitud por cuenta de terceros, emitió un comunicado el 20 de diciembre de 2017, permitiendo, durante un periodo de seis meses, que las empresas prestadoras de servicios de inversión recaben de sus clientes la documentación necesaria para la solicitud del código.

Solamente cabe esperar, a la vista de lo anterior, que la primacía absoluta de la eficiencia del mercado financiero no suponga un menoscabo de la seguridad jurídica, lo que queda, ahora, en manos de los registradores mercantiles. El criterio general sentado por la DG en su resolución de 2017 puede resultar extrapolable a otros ámbitos no deseados, como por ejemplo la solicitud del LEI de una persona jurídica, no por la entidad legal a la que está vinculada por un mandato más amplio de intervención en el mercado financiero (entidades gestoras de valores o mayoristas de contrapartida, *brokers, traders*, etc.), sino por organismos públicos como la Agencia tributaria, en el marco, por ejemplo, de un procedimiento de embargo de cualquier activo financiero. Si bien la información asociada al Código LEI es, por el momento, de carácter limitado, cualquier entidad legal que comercialice con acciones o deuda podría, en caso de imprudente aplicación del criterio sentado por la DG, quedar al descubierto por motivos económicos o de competitividad con otros países, en un mundo como el actual en el que todo el poder radica en la información.

La ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en la práctica reciente

Ricardo Cabanas Trejo
Notario de Fuenlabrada

Casi nueve años de vigencia de la LME son distancia suficiente para ver cómo se ha desenvuelto la práctica judicial y registral de esta Ley. Para ello me voy a centrar en la transformación y la fusión, con una breve referencia final a cuestiones específicas de la escisión. Prestaré, además, atención a las cuestiones de orden general, de concepto, antes que a detalles muy concretos de procedimiento.

Desde esta perspectiva "general" la primera de estas figuras, la transformación, presenta más interés del que podría sugerir su escasa presencia en la práctica. Salvo en momentos de "gran" reforma legal, que puede provocar entonces la huida de un tipo societario a otro -recordemos la conversión masiva de SSAA en SSRL con ocasión de la reforma de 1989-, no parece que los operadores económicos sientan la necesidad imperiosa de "cambiar" de forma social. La transformación viene a ser la hermana pobre de las modificaciones estructurales. Pero, por sí misma, permite plantear cuestiones de enorme interés, casi en mayor medida que la fusión/escisión. En la transformación no cambia la identidad del sujeto, sólo su forma de estar, su presencia, pero en términos que lo hacen irreconocible. Pero decir que se trata de un cambio tipológico que deja intacta la personalidad jurídica



de la entidad mutante es muy sencillo, desarrollarlo no tanto.

De entrada porque no siempre queda demasiado claro si se trata de una sociedad preexistente que sólo cambia de forma, o de la constitución de una nueva sociedad mediante la aportación por sus socios de una "empresa" que venía funcionando anteriormente bajo la forma de una sociedad no inscrita en el RM. Recientemente se ha planteado el tema en una resolución de la

DGRN en un supuesto que claramente no era de transformación, aunque se empleó en algún momento ese término sólo por razones fiscales, pero en su sentido común y "no jurídico" (para mantener el CIF de la previa sociedad civil, la Administración Tributaria quería que apareciera la palabra "transformación").

Según alegó el interesado, el motivo por el cual no se acudió en este caso a la vía mucho más directa y simple de transformar



la previa sociedad civil en una SRL, fue el temor a que el RM no lo aceptara, pues no se trataba de una verdadera sociedad civil, ya que su objeto era claramente mercantil. Aunque la Administración Tributaria no tiene demasiados escrúpulos en reconocer la personalidad jurídica de estas "anómalas" sociedades civiles, enfrentadas a partir de 2016 al trance de tener que tributar por el Impuesto de Sociedades, la situación no es tan cómoda cuando se trata de RRMM o de RRPP.

Por el especial cuidado que se pone en determinar si el objeto es civil o mercantil siempre que se ha de practicar una inscripción a nombre de una autoproclamada sociedad civil, nada de extraño tendría que un RM rechazara inscribir la transformación de una -sedicente- sociedad civil en sociedad mercantil con el argumento de que la sociedad origen estaba mal constituida como civil, por ser mercantil su objeto, obligando a su conversión previa en sociedad colectiva "irregular" no inscrita, para regularizarla mediante su inscripción y después transformarla en SRL.

Por el especial cuidado que se pone en determinar si el objeto es civil o mercantil siempre que se ha de practicar una inscripción a nombre de una autoproclamada sociedad civil, nada de extraño tendría que un RM rechazara inscribir la transformación de una -sedicente- sociedad civil en sociedad mercantil con el argumento de que la sociedad origen estaba mal constituida como civil, por ser mercantil su objeto.

Tampoco estaría injustificado el impedimento, pues, si la transformación se inscribiera directamente desde la sociedad civil sin tan largo rodeo, el mismo RM estaría generando dudas sobre el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales anteriores, régimen que debe subsistir durante los cinco años siguientes a la transformación, pues el de la sociedad civil es muy distinto al de la sociedad colectiva, por faltar la solidaridad entre los socios.

Pero la cuestión no se ha dejado ver en las resoluciones recientes de la DGRN, y como



probablemente muchas de esas sociedades se habrán tenido que transformar por la razón fiscal antes dicha, tampoco es aventurado suponer que -quizá- los RRMM no hayan puesto muchos problemas para inscribir estas transformaciones, a pesar de esa aparente inexactitud.

Sin embargo, el problema en sentido inverso sí que se ha planteado, y con ello un muy interesante debate sobre la tipicidad de las figuras reguladas en la LME. En concreto una resolución de 2016 tuvo que decidir sobre la transformación de una SRL en sociedad civil, con un objeto que la propia DGRN admite era civil. Frente a la opinión del RM de que la falta de previsión expresa equivale a su prohibición, por razón del *numerus clausus* que debe imperar en la materia, la DGRN lleva a cabo una interpretación "razonable" del conjunto del sistema y admite un cambio de ese tipo, que en la práctica va a suponer la salida definitiva de la sociedad del RM por su cancelación.

Por otro lado, limitándose la transformación a un mero cambio de forma, tampoco parece que se pueda hablar de aportación al capital, pues no hay nueva sociedad. Nueva forma sí, pero no nuevo ente jurídico. A pesar de ello la derogada LSRL exigía la manifestación expresa en la escritura "*de que el patrimonio social cubre el capital*", requisito que subsiste en el todavía vigente RRM. El problema está en que la LME nada dice al respecto, suscitando una duda razonable sobre la vigencia del precepto reglamentario. A pesar de ello la

DGRN entiende que dicha cobertura es una exigencia del nuevo tipo societario, como tal incluida entre los requisitos del acuerdo.

Pero las nuevas acciones/participaciones no se crean *ex novo*, sino que simplemente se canjean por las cuotas de capital de la forma social preexistente, y por ello la cifra de capital debe pasar sin cambio de una forma social a otra, pues cualquier cambio en dicha cifra obedecería a un aumento/reducción simultáneo, no a la transformación. El argumento basado en que el art. 59.1 LSC prohíbe la creación de participaciones/acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial, cuando la transformación opera entre tipos sociales capitalistas que en el momento de su creación ya se vieron sometidos a esa exigencia, es formal y puramente efectista, pues no son nuevas, sino que ocupan el lugar de las antiguas, sin que su adjudicatario aporte nada nuevo por ellas, pero tampoco la sociedad. Hay así una diferencia sustancial con el supuesto de fusión/escisión, donde, bien sea por el capital de la nueva sociedad que se crea, bien por el aumento del capital en la que ya existía, podemos hablar de una nueva cifra de capital que exige una contrapartida efectiva según las reglas generales, pero esto no ocurre en la transformación. Por eso, si la nueva forma de sociedad naciera lastrada con pérdidas, la sociedad habría de soportar las consecuencias previstas en su regulación específica, no muy distintas en la SA y en la SRL ¿dónde está entonces el perjuicio a los acreedores? Desde la perspectiva de la formación del capital

social, no parece que esté justificada aquella manifestación, pues no se trata realmente de una “nueva” cifra de capital, ni de “nuevas” acciones/participaciones. Por eso la verdadera razón de la DGRN es simplemente que se aprovecha la transformación para incentivar la regularización patrimonial de la sociedad. Objetivo loable, pero no parece que impuesto por la naturaleza de la operación.

Por si fuera poco, la DGRN no se conforma con la constancia de dicha manifestación de la escritura, cuando del examen del balance por parte del RM se desprenda la falta de cobertura. A la DGRN no le sirve que la cobertura patrimonial efectiva pudiera resultar -bajo la responsabilidad de los otorgantes de la escritura- de valores reales y no de valores contables, ni siquiera que la regularización fuera simultánea mediante una compensación de créditos acordada por la misma JG, pero a continuación de la transformación. El argumento de que la regularización podría llevarse a cabo al amparo del nuevo régimen jurídico más flexible, no sirve a la vista de lo que después diré a propósito de las modificaciones simultáneas. Elevado a la categoría de requisito tipológico, la sociedad no puede entrar en la nueva forma social sin cumplirlo, aunque el resultado al final de la JG sea el mismo, pero mi duda es que realmente sea un requisito de esa naturaleza, y buena prueba de ello es que ambas formas sociales comparten la exigencia de su cobertura, pero en la fase fundacional.

Esta imagen de la transformación casi como un “renacimiento” de la sociedad que justifica la recuperación de ciertos requisitos dispuestos en clave fundacional, aunque no sean específicos del nuevo tipo elegido, ofrece otros interesantes ejemplos.

de cambiar de nombre. De no haber hecho lo primero, no se habría visto abocada a lo segundo.

Por otro lado, si en la transformación no cambia la identidad del sujeto, sólo la forma, y por extensión el régimen legal que esa forma determina ¿cuándo se produce el cambio? La interpretación del art. 19 LME cuando supedita la eficacia de la transformación a la inscripción en el RM no ha dejado de suscitar controversia en el plano judicial, sobre todo cuando la demora prolongada en obtener esa inscripción, o simplemente su total ausencia, genera dudas sobre el régimen jurídico aplicable mientras tanto a esa sociedad. El tema se ha dejado ver con inusitada frecuencia en la AP de Cantabria, en el caso de una SA que se transforma en SRL en el año 1997, pero no inscribe la transformación en el RM. Sobre esta base se impugnan unos acuerdos de JG y de CA muy posteriores (2010) con el argumento de que el órgano había sido convocado como SA, cuando en realidad era una SRL. Para la AP la LME ha optado por reconocer la eficacia constitutiva de la inscripción, y por tanto seguiría siendo SA.

Esta imagen de la transformación casi como un “renacimiento” de la sociedad que justifica la recuperación de ciertos requisitos dispuestos en clave fundacional, aunque no sean específicos del nuevo tipo elegido, ofrece otros interesantes ejemplos.

Ahora bien, en ningún caso puede hablarse en estas situaciones de sociedad irregular, pues se parte de una sociedad que ya está inscrita. En ese sentido resultan sorprendentes dos sentencias de la misma sección del TSJ de Cataluña, con apenas un año de diferencia entre ellas, pero, eso sí, distintos Magistrados. En ambos casos es una demanda por despido donde se pretende la condena del socio -único- por razón de irregularidad, pero la irregularidad no está relacionada con la constitución de una sociedad, sino con la transformación de una SA en SRL, que pasado más de un año aún no se había inscrito. En la primera sentencia se rechaza la pretensión, pero en la segunda se acepta.

Pero un entendimiento extremo de la naturaleza constitutiva de la inscripción llevaría a que los acuerdos sociales subsiguientes al de transformación, pero anteriores a su registro, debieran sujetarse a la disciplina correspondiente a la forma social de partida, y este no es el criterio legal, pues el art. 17.2 LME dispone que las normas aplicables a las modificaciones estatutarias simultáneas serán las del nuevo tipo social.

Una interesantísima resolución de 2015 pone de manifiesto hasta qué punto son importantes los matices en todos estos temas. Se trataba de una reducción de capital mixta en una SA por condonación de dividendos pasivos y por restitución de aportaciones, pero la misma JG acuerda a continuación transformarse en SRL. No es posible aplicar a los dos tramos de la reducción el régimen propio de la forma de destino, pues no podemos entrar en una SRL con dividendos pasivos, y esto sí es una exigencia del tipo SRL. Por eso el primer tramo se somete al propio de la SA, mediante la condonación con cargo a reservas sin derecho de oposición, y la correspondiente dotación de una reserva especial de disponibilidad condicionada a los requisitos propios de la reducción del capital, que en el futuro serán los de la SRL. Para la otra reducción se aplica el régimen de la SRL, pero en este caso no se había dotado la reserva indisponible por cinco años propia de esta forma social, sino que se hizo en los mismos términos de disponibilidad condicionada previstos para la condonación previa. Es decir, los propios de la SA, no los de la SRL. Para la DGRN una SRL no puede escoger el régimen de indisponibilidad de su reserva, pero en atención a que la transformación era necesaria por haber quedado como SA por debajo del capital mínimo legal, admite en este caso la inscripción, precisamente por no cumplir un requisito específico del tipo SA, y ser la transformación una de las posibles salidas, junto al aumento.

Pero estas modificaciones adicionales a la transformación no sólo plantean problemas de régimen jurídico, también de eficacia, especialmente cuando no se trate de modificaciones que sólo son posibles en la nueva forma social. Ningún condicionante tipológico habrá -normalmente- en una posible ampliación de objeto, en un traslado de domicilio, o en un cambio en la estructura del órgano



de administración con designación de nuevos cargos.

Ocurre, sin embargo, que dichas modificaciones conceptualmente autónomas respecto de la transformación, se suelen presentar externamente formando parte de los estatutos de la nueva forma social. El nuevo objeto, capital, domicilio, o cualquier otra circunstancia, aparece en los estatutos de la recién estrenada forma social como su objeto, su capital, su domicilio, etc. Pues bien, si el punto de partida es que la inscripción de las modificaciones estatutarias tiene carácter meramente declarativo, es decir, que su eficacia interna no depende de la inscripción, ¿qué efectos producirán las modificaciones estatutarias embebidas en la transformación, antes de la inscripción de esta última?

En este sentido resulta de gran interés una SAP de Asturias 2012, donde la modificación adicional consistía en una ampliación del objeto social. Al no haberse inscrito la transformación, la sociedad continúa con el antiguo objeto social inscrito, y un socio pretende su disolución por falta de ejercicio del mismo durante tres años, pues la sociedad durante ese tiempo se había dedicado al nuevo ampliado.

Creo que es desde la doble perspectiva de la inscripción constitutiva para la transformación y la meramente declarativa para las restantes modificaciones estatutarias como debe abordarse este problema, que presentará tanta mayor intensidad cuanto más próximos estén los tipos societarios, como ocurre con la SRL y la SA, donde la autonomía estatutaria permite en muchos temas una regulación casi idéntica. Es evidente que el nacimiento de la nueva forma social, y todos los efectos de esta mudanza con carácter estrictamente tipológico (es decir, exclusivos del nuevo tipo), dependerán de la inscripción registral, pero debajo de ese efecto primordial -y característico de la transformación- subyacen otras muchas modificaciones de régimen jurídico respecto de las cuales el cambio de forma -y su inscripción- no ha de presentarse como una prioridad inexcusable, pues



también son posibles en la forma social de partida. Desde esta perspectiva habrá de enfrentarse cada caso en función de sus circunstancias específicas.

En este sentido resulta de gran interés una SAP de Asturias 2012, donde la modificación adicional consistía en una ampliación del objeto social. Al no haberse inscrito la transformación, la sociedad continúa con el antiguo objeto social inscrito, y un socio pretende su disolución por falta de ejercicio del mismo durante tres años, pues la sociedad durante ese tiempo se había dedicado al nuevo ampliado. Para la AP no hay duda de que el objeto con eficacia frente a los socios es el nuevo, no inscrito.

Pero imaginemos un ejemplo algo más rebuscado: SA con sistema de transmisión libre que pasa a SRL con sistema restringido; en el supuesto de que la nueva limitación fuera posible en los mismos términos en ambas formas sociales ¿podrá un socio que votó a favor del acuerdo transmitir sus todavía acciones según el sistema derogado, amparándose en que el nuevo sistema es para unas participaciones aún inexistentes? ¿quid si el adquirente conoce el acuerdo? ¿y si lo hace durante la vigencia del asiento de presentación? Queden las preguntas simplemente formuladas, aunque me parece claro que el socio no puede desentenderse de un acuerdo que ya le obliga, y respecto del comprador se podrá hablar de tercero, pero no sin cautelas.

Como pueden ver, quizá no sean muchas las transformaciones que se hacen, pero la

figura constituye un inmejorable banco de pruebas para someter a presión algunas de nuestras ideas aparentemente más "pacíficas" del Derecho de sociedades.

La fusión de sociedades ya es otra cosa, y no sólo por su mayor presencia en la práctica. Aquí sí que hay una reestructuración empresarial que va más allá de la forma. Su característica singular -compartida con la escisión- es la sucesión universal. Ya afecte a la totalidad o solo una parte de su patrimonio, ya sea en favor de una o de varias sociedades, a su vez preexistentes o de nueva creación, el rasgo común a todas ellas y que las diferencia de otras posibles reestructuraciones se centra en esa idea de globalidad, en la consideración de lo transmitido como un todo objeto de cesión según un régimen especial superpuesto al singular de cada uno de sus elementos de activo o/y de pasivo. Aunque no siempre se extinga la sociedad de partida, el cambio se valora más desde una perspectiva subjetiva que objetiva. No es tanto por el elemento patrimonial transmitido, como por el cambio que experimenta la sociedad, en ocasiones abocada a su extinción, con la consiguiente sucesión en todo o en parte de su patrimonio.

Es algo que no debería resultar demasiado polémico a la vista de la rotunda expresión de los textos legales, pero en la práctica han surgido serios problemas de índole procesal y registral, sobre todo por la interferencia de otras normas que no están programadas para ese tipo de sucesión.

Estos problemas se han incrementado enormemente en los últimos años como consecuencia del proceso de reestructuración bancaria, que ha concentrado en pocas entidades gran parte de la actividad financiera, con un desplazamiento masivo entre ellas de titularidades activas y pasivas de todo tipo. No cabe desconocer que muchas veces se ha tratado de una hábil estrategia procesal de parte para entorpecer una ejecución en marcha, por más que pueda causar sorpresa desde el punto de vista societario, pues la LME parece bastante clara. Otras veces sólo se trata del especial rigor de una normativa especial -en concreto, la propia del RP- que debe adaptarse a las singularidades de la sucesión universal.

En este sentido las modificaciones estructurales que nos ocupan integran un procedimiento muy pautado, que presenta como hitos externos fácilmente identificables la escritura pública y la inscripción en el RM. Sólo cuando ese proceso se haya seguido en todas sus fases terminará produciéndose el efecto característico de la sucesión universal. No hay, por tanto, fusiones de hecho.

Por eso no hay posibilidad de confundir una de estas figuras con cualquier otra forma de cesión en bloque de elementos patrimoniales de activo y pasivo, aunque integren una rama de actividad autónoma. A estos efectos seguiría siendo una cesión singular, por complejo que resulte su objeto, y aunque presente especialidades de régimen jurídico. Ahora bien, en aquellos

casos en los que el conjunto patrimonial sea objeto de división y sólo se transmita una parte, o varias partes a diferentes beneficiarios, será necesario identificar individualmente los elementos incluidos en cada unidad, a diferencia de la fusión que opera sobre la totalidad del patrimonio de la entidad que se extingue, sin necesidad de mayor individualización.

Por evidente que resulte lo anterior, algunas resoluciones judiciales recientes han difuminado la distinción. Uno de los casos más conocidos en la práctica se refiere a la transmisión del negocio bancario, pero no de la totalidad del patrimonio, de un banco a otro, subsistiendo la primera entidad, pero con otro nombre y actividad (me refiero al caso Bankpime y CaixaBank). No se sigue un procedimiento de fusión/escisión y expresamente en el documento de cesión se excluye la sucesión universal. En los procedimientos judiciales relacionados con esa cesión se discute sobre la legitimación pasiva de la entidad cesionaria por una reclamación de cumplimiento que afectaba a determinada gestión de la cedente. Para algunos Tribunales, aunque no se pueda hablar de fusión/escisión, sí que concurre una situación semejante, que permite interpretar en sentido expansivo el objeto de la cesión pactada.

Por mi parte considero más acertada la postura contraria que rechaza cualquier asomo de sucesión universal, sin perjuicio del problema distinto de que el contrato no permita escindir las posiciones activas de las pasivas que integran el objeto

cedido, especialmente frente a los terceros afectados. Entiendo que este ha sido el criterio seguido por el TS en reciente sentencia de noviembre de 2017, al considerar ineficaz frente a los clientes la cláusula de exención de los pasivos contingentes de la transmisión del negocio bancario. Para el TS la causa de la cesión de los contratos bancarios de Bankpime a CaixaBank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, y por ello ha de incluir tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, las posiciones pasivas frente a los mismos. Entre ellas la de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas. El resultado final para el cliente podrá ser el mismo que en una escisión, pero se siguen caminos muy distintos.

También resulta problemática la cuestión del tracto registral, otra vez en el caso de entidades bancarias, con miles de hipotecas inscritas a su favor, cuando la nueva inscripción se hace necesaria con ocasión de la ejecución hipotecaria o de la cancelación. Desde el punto de vista de la mecánica registral la cuestión se ha resuelto invocando la naturaleza constitutiva de la inscripción en el RM y aplicando el mecanismo del tracto abreviado. Una reciente resolución de diciembre de 2017 plantea un supuesto muy curioso. El préstamo hipotecario estaba extinguido por pago, y así lo hizo constar en su día el Banco, pero el documento no accedió al RP en aquella fecha y se presentó mucho después, cuando constaba como titular registral otro Banco, que había absorbido al inicial. El RP exige que este Banco preste de nuevo el consentimiento a la cancelación. Para la DGRN como consecuencia de la subrogación por sucesión universal, el Banco absorbente queda vinculado por todos los actos que hubiera realizado su antecesor, entre los que se encuentran la cancelación del crédito hipotecario previamente amortizado, sin que sea necesario una nueva prestación del consentimiento.

Pero ha sido en el ámbito de la ejecución hipotecaria donde el automatismo propio de la sucesión universal en ocasiones ha quedado en entredicho. Aunque la





legitimación procesal y la legitimación registral siguen caminos separados, es indudable que el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, por razón de la naturaleza constitutiva de la inscripción de la garantía, suministra un poderoso argumento para ralentizar la ejecución en aquellos casos en los que el acreedor instantáneo aún no hubiera inscrito la fusión respecto de esa concreta hipoteca. A esto se debe sumar la referencia del art. 149 LH a la inscripción en el RP de la cesión del crédito hipotecario, formalmente reforzada en la reforma por la Ley 41/2007, al disponer ahora que *"deberá hacerse en escritura pública e inscribirse"* en el RP.

En términos generales, las resoluciones contrarias a la posible iniciación de la ejecución sin haber inscrito antes la cesión del crédito suelen destacar que el art. 149 LH no distingue entre las diversas clases de cesión, y por eso se aplica igualmente en los casos de sucesión a título universal.

Frente a esta postura, otros tribunales entienden, en mi opinión con mejor criterio, que el art. 149 LH sólo se refiere a la cesión singular, y por eso no es aplicable a la cesión que tiene lugar en el marco de una sucesión universal por modificación estructural de la sociedad, donde el cambio de titularidad se completa de forma automática por la inscripción en el RM.

En el plano estrictamente registral la DGRN ha insistido en el respeto del principio de tracto sucesivo, que hace necesaria la previa inscripción del cambio de titularidad por efecto de la modificación estructural para inscribir el decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pues no se ha previsto en la legislación hipotecaria un asiento específico para recoger aquella sustitución procesal como sustitutivo de la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor del que ejerce el mismo, aunque podrá acudir al mecanismo del tracto abreviado.

De todos modos, en el RP el problema ya surge antes con ocasión de la expedición de la certificación de cargas y la extensión de la correspondiente nota. Sin embargo, en una muestra de singular incoherencia, la DGRN sólo aplica esa exigencia a la realización extrajudicial de la hipoteca, por tratarse de un pacto al que no se aplican las normas de sucesión procesal de la LEC, pero no al procedimiento de ejecución judicial.

Si de la naturaleza pasamos al ámbito de la fusión, aunque la LME habla de sociedades mercantiles inscritas, no debería haber inconveniente en hacerlo coextenso con el de la transformación, y permitir por esa vía la intervención de formas no mercantiles, siempre que fueran susceptibles de transformación con aquella. Ahora bien, ha de tratarse de sociedades dotadas de personalidad jurídica, de ahí la sorpresa que provoca el supuesto de hecho de una SAP de Barcelona 2013, donde se sigue un expediente de fusión por absorción -eso sí, calificada de *"impropia"*- respecto de una UTE, y todo porque la misma estaba inscrita en el RM de origen, habiendo extendido éste la correspondiente nota de inexistencia de obstáculos para la fusión.

Por tratar también algunas cuestiones de procedimiento, especial interés tiene una resolución de 2013 para un supuesto de modificación del proyecto de fusión, posterior al acuerdo inicial de las sociedades participantes, por el que deciden alterar su base subjetiva excluyendo una de las inicialmente absorbidas. Para la DGRN el art. 40 LME sólo prohíbe la modificación unilateral del proyecto, pero *"nada se opone a la adopción del acuerdo de fusión en forma distinta a lo establecido en el proyecto si se hace con el consentimiento unánime de las sociedades intervinientes"*. Por otro lado, si la modificación es posterior a la publicación del acuerdo, la DGRN entiende que es necesario publicarla, y aunque no lo explicita con claridad, se ha de entender que es al objeto de activar de nuevo el derecho de oposición de los acreedores, lo que podrá generar dudas sobre la situación de aquellos que ya lo ejercitaron, en particular si deben reiterarlo, amén de cierta perplejidad en los acreedores de la sociedad excluida que hicieron uso de él.

Respecto del balance de fusión, tras la reforma de 2012 ya no es posible prescindir del mismo en los casos de acuerdo unánime. La DGRN ha tenido ocasión de reiterarlo en varias resoluciones. El problema de exigir en todo caso el balance es que arrastra la exigencia de su posible verificación, y aquí también se ha mostrado inflexible la DGRN. Inflexible, y poco clara. En una resolución de 2015, la sociedad no estaba obligada a verificar sus cuentas, pero sí las cuentas de ese ejercicio al existir una solicitud de designación de auditor por la minoría. Como el balance de fusión era el balance de ejercicio incorporado a dichas cuentas,

a la sociedad no le quedaba otra salida que esperar a la designación del auditor y la emisión de su informe. Pero se precipitó y toma el acuerdo cuando el auditor aún no había sido designado, por lo que la DGRN confirma el defecto y rechaza la inscripción. La duda está en si la decisión habría sido la misma, en caso de que la sociedad hubiera tenido la precaución de utilizar un balance *ad hoc*, cerrado previsoriamente unos días antes al de las cuentas anuales. La obligación de auditar es general (art. 263 LSC) o para *"un determinado ejercicio"* (art. 265.2 LSC), y entonces para el balance de esas concretas cuentas, pero entonces no sería el caso.

De gran importancia son los temas relacionados con el derecho de oposición de los acreedores. Tras la incorporación del cuarto apartado del art. 44 LME en 2012 las consecuencias del ejercicio de este derecho discurren claramente al margen de la validez de la fusión, pues el acreedor sólo puede reclamar la prestación de la garantía o el pago de la sociedad resultante.

De gran importancia son los temas relacionados con el derecho de oposición de los acreedores. Tras la incorporación del cuarto apartado del art. 44 LME en 2012 las consecuencias del ejercicio de este derecho discurren claramente al margen de la validez de la fusión, pues el acreedor sólo puede reclamar la prestación de la garantía o el pago de la sociedad resultante. Paralelamente, el ejercicio del derecho de oposición no correspondido en forma satisfactoria por la sociedad deja de ser impedimento para autorizar la escritura e inscribirla.

El problema es que el art. 44.3 LME sigue insistiendo en que la fusión *"no podrá llevarse a efecto"* hasta la prestación de la garantía, con el añadido del formalmente vigente art. 227.2.2º RRM, dando lugar a una coexistencia difícil entre ambas normas, sobre todo en su vertiente registral.

Es obvio que el RM tiene encomendado el control de las condiciones de ejercicio de ese derecho. Será fácil cuando el acuerdo se haya publicado en el BORME y en un diario, pues bastará con verificar el doble



recordatorio referido, de un lado al derecho genérico de información, y de otro lado al derecho de oposición. Más complejo cuando se haya optado por la comunicación individual por escrito a cada acreedor, ante la duda de si será necesario acreditar documentalmente esa comunicación ante el RM. Por fortuna una resolución de 2014 se conforma con la mera "*manifestación relativa tanto al modo concreto ... como la fecha*".

Transcurrido entonces el plazo de un mes, el art. 227.2.2ª RRM sólo contempla dos posibles situaciones: que los administradores manifiesten que ningún acreedor se ha opuesto, o en caso contrario la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías prestadas.

Pero como el sistema descansa en la manifestación del administrador, ya antes de la reforma de 2012 era posible imaginar otras situaciones. Por ejemplo, que no hubiera acreedores y así resulte del balance, o que los hubiera, pero sin derecho de oposición, y así lo manifiesten los administradores. También, declarar en la escritura que se ha obtenido la aceptación individual de cada uno de los acreedores con derecho de oposición, y hacerlo, incluso, sin necesidad de esperar el plazo de un mes, ni de manifestar entonces cómo se hizo la comunicación privada. Si hemos de creernos la manifestación de la falta oposición ¿por qué no la del consentimiento individual y expreso que desactiva el derecho?

El solo argumento del administrador mendaz resulta poco convincente, pues tanto puede serlo en un caso, como en el otro. Además, quizá el problema no sea de falsedad, sino de mantener una distinta opinión sobre la legitimación del acreedor pretendidamente opuesto, pues no todos los acreedores están legitimados, y puede ocurrir que sociedad y acreedor discrepen al respecto.

Pero a la sociedad la situación realmente se le complicaba en presencia de oposición, sin haber logrado un acuerdo con el acreedor sobre la garantía, fuera de la fianza solidaria por entidad de crédito. En este punto incidió la reforma de 2012 al privar al acreedor de su derecho de veto, pues la fusión puede seguir adelante.

El problema es qué se debe declarar entonces en la escritura, pues, si en última instancia debe decidir el juez, no parece que haya una diferencia tan grande entre ofrecer una garantía inaceptable para el acreedor opuesto, o simplemente ofrecer nada y dejar que todo discurra por la vía judicial. Aunque la coherencia lógica apunte en esa dirección, no es el sistema que acoge la DGRN.

Para la DGRN de la escritura habrá de resultar la inexistencia de oposición por parte de los acreedores, la inexistencia de acreedores con derecho de oposición (o ejercitado en tiempo y forma), o el consentimiento individual de todos ellos, siempre por la mera declaración de los

administradores. Frente a ello, cuando haya habido oposición de algunos, deberá reseñarse la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de sus créditos y las garantías que hubiera prestado la sociedad, igualmente por simple declaración, pues no se exige acreditación documental de la garantía. La novedad es que también podrá manifestarse que ha habido oposición de algunos acreedores, pero la garantía ofrecida por la sociedad no ha sido considerada satisfactoria por los mismos, sin necesidad de dar más detalles, ni de identificar a los acreedores díscolos. Incluso, admitir el hecho de la oposición, pero declarando el administrador en la escritura que -a su juicio- ya estaba suficientemente garantizado.

Para la DGRN de la escritura habrá de resultar la inexistencia de oposición por parte de los acreedores, la inexistencia de acreedores con derecho de oposición (o ejercitado en tiempo y forma), o el consentimiento individual de todos ellos, siempre por la mera declaración de los administradores.

Esto no significa que la sociedad no esté obligada a garantizar, incluso que deba hacerlo finalmente en forma de la fianza bancaria solidaria que ahora evita. Ocurre simplemente que puede continuar el proceso sin hacer esto último y sin riesgo de que la fusión sea impugnada después por ese motivo. Lo que la LME no parece amparar es una franca declaración de incumplimiento, en forma de un reconocimiento de la oposición formulada, sin negar el derecho del acreedor a oponerse, pero simplemente para dejar claro que ninguna garantía se ha constituido, pero tampoco ofrecido.

Pero nos movemos en el terreno de las simples declaraciones. Es decir, si después los acreedores ponen en conocimiento del RM que el incumplimiento fue flagrante, porque ninguna garantía se les llegó a ofrecer, no cabe invocar la doctrina de la calificación conjunta para obstaculizar la inscripción. Aunque al RM le conste que el ejercicio de este derecho no ha sido atendido, superado el trámite formal que el artículo 44.3 LME parece imponer la

operación ha de ser despachada, y todo lo demás se deriva al terreno judicial. Por la misma razón, no compete al RM cuestionar la declaración del administrador sobre la legitimación del acreedor opuesto, por mucho que éste le haga llegar sus razones en contra de aquella manifestación, y hasta le parezcan muy fundadas.

Pasando ya a las fusiones especiales, para un supuesto de fusión gemelar donde una misma sociedad es el socio único de la absorbida y de la absorbente, una resolución de 2017 considera suficiente la manifestación del órgano de administración de que concurre la circunstancia legalmente prevista para aplicar las especialidades del art. 49.1 LME.

Para el supuesto concreto de la norma del art. 51 LME que permite prescindir del acuerdo de la JG de la sociedad absorbente, otra resolución de 2015 aclara su confusa redacción dando prevalencia al régimen de publicidad de dicho precepto sobre la regla general del art. 43 LME. Por tanto, la publicación del proyecto será en el BORME "o" (conjunción disyuntiva) en un diario, pero no es exigible en ambos.

De forma tangencial, también opta por la simplificación procedimental la antes indicada resolución de 2013 en el caso de la modificación subjetiva de la fusión por exclusión de una de las sociedades absorbidas. Según parece, la declaración en la escritura sólo se hizo -formalmente- por el administrador de la sociedad absorbente, que participa íntegramente las sociedades absorbidas, y también es su administrador. A pesar de eso, para la DGRN *"sería redundante, por excesivo, exigir que el compareciente expresara una declaración de voluntad explícita en nombre de las dos sociedades absorbidas que permanecen en el proceso"*.

De todos modos, este asunto está relacionado con una resolución anterior del mismo año 2013, y muy probablemente explique por qué se descolgó aquella sociedad, respecto de la cual la participación íntegra sólo era indirecta. Según parece, el RM provincial del domicilio de esta última exigió que la compensación a la sociedad intermedia no participante se cuantificara en el informe del experto independiente. La DGRN no entró en el tema por una cuestión de falta de competencia del RM, pero resulta de gran interés.



Es indudable que en esta modalidad de fusión la filial intermedia experimenta un claro quebranto económico, pues pierde las acciones/participaciones que tenía en la sociedad absorbida, sin recibir nada a cambio. La LME ha optado porque la sociedad absorbente compense a la sociedad intermedia por el valor razonable de su participación, siempre que la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de la sociedad que no interviene. En mi opinión el informe de experto no ha de pronunciarse sobre la misma, de ahí que todo quede confiado a una negociación entre los administradores de la absorbente y la intermedia, y tampoco su pago efectivo ha de ser un requisito de la fusión necesario para su realización, en su caso sujeto a control del RM. No creo que deba ser así. La obligación de compensar surge por razón de la fusión, pero su concreción y pago puede demorarse a un momento posterior, incluso muy posterior. Queda a la responsabilidad de los administradores proceder a su cuantificación y abono.

Pero los dos temas generales que presenten mayor complejidad están relacionados con la inscripción de la fusión -o escisión-, de un lado por su carácter constitutivo, y de otro por su posible carácter convalidante.

En una resolución de 2013, declara la DGRN que *"no se trata de que la inscripción sea constitutiva en el sentido de que forme parte del tipo negocial [sino que] la inscripción supone el trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente*

a terceros del acto sujeto a ella, de manera que el conocimiento extrarregistral del mismo no produce efecto alguno". De acuerdo con esto, si el negocio existe siempre, al margen y antes de la inscripción constitutiva, es obvio que producirá inmediatamente efectos entre las partes, ya que las partes no pueden invocar el contenido del RM, pues ellas lógicamente quedan ya vinculadas por el propio negocio. Otra cosa serán los terceros, que no pueden verse perjudicados, y en consecuencia podrán ignorarlo, aunque tengan conocimiento extrarregistral, pero podrían aprovecharse de él si les conviniera.

En mi opinión, aún aceptando lo anterior, de nuevo hay muchos matices a tener en cuenta. Pensemos, por ejemplo, en los acreedores en el supuesto especial de fusión supersimplificada del art. 42 LME. Hasta la presentación de la escritura de fusión en el RM realmente el proceso puede seguirse de una manera casi clandestina, pues cabe prescindir de la publicación de anuncios. Pero la fecha a la que atiende el art. 44.2.LME para el nacimiento del derecho de oposición (sobre todo por comunicación personal), priva a los acreedores posteriores de ese derecho, por mucho que se demore después la inscripción. Siendo así, y a pesar de la proclamada constitutividad de la inscripción, habrá acreedores afectados por la fusión antes de su inscripción, que al relacionarse con las sociedades que se extinguen acaban arrollados por un proceso de fusión del que no han tenido conocimiento, pues sólo contrataron fiados en el contenido de los asientos entonces



vigentes y sin posibilidad alguna de oponerse. Esto sin entrar en los problemas de fragmentación que provocaría esta eficacia externa *ad gustum* para el tercero, pues la fusión concatena finalmente dos efectos contrapuestos, el integrador del lado de la sociedad resultante y el extintivo de las otras, lo que supondría tener que admitir simultáneamente la existencia y la inexistencia de una sociedad.

Por exigencias de la buena fe, y si me apuran del buen orden jurídico, no puede ser tan intrascendente el conocimiento previo de la fusión que haya tenido el tercero, si bien todo dependerá de las circunstancias del caso. Una sentencia de la SAP de Burgos de 2013 nos ofrece un interesante ejemplo. Un siniestro había sido indemnizado dos veces, una por la comunidad de propietarios del edificio donde se produjo, y el otro por la compañía de seguros, pero la primera pagó a la sociedad absorbente y la segunda a la sociedad absorbida tomadora del seguro, justo cuando la fusión aún no estaba inscrita; la aseguradora -que también es tercero- sostiene que la comunidad pagó incorrectamente a la absorbente, de ahí que no tuviera el carácter de pago liberatorio, postura que rechaza el tribunal al entender que el pago se hizo a quien *"de hecho gestionaba el establecimiento en el momento del pago, y que a tenor de los acuerdos de absorción suscritos entre las dos sociedades, era también la titular del mismo, independientemente de que frente a terceros, por no haber sido inscrita la absorción de sociedades no tenga eficacia"*.

Un ámbito donde es frecuente esa anticipación de efectos es el laboral, sobre todo desde que una importante STS [4] de 2001 admitiera que en este ámbito puede *"estimarse que los efectos de la absorción se producen con anterioridad a la formal inscripción en el registro del acuerdo, si concurren circunstancias que permiten considerar que la responsabilidad de la sociedad absorbente surge en un momento anterior de conformidad con la normativa propia del derecho del trabajo"*. Dando por supuesto que el trabajador es tercero, normalmente será para verse favorecido por la fusión, lo que estaría en línea con la postura de la DGRN. Pero no siempre será así. Así tenemos una interesante STSJ de Cataluña [social] 2004, donde realmente ya se había producido la transmisión de empresa por venta de las acciones y acuerdo de fusión, pero cuando se comunica al trabajador el despido por causas objetivas todavía la fusión no estaba inscrita, ni siquiera otorgada la escritura; parece que al recibir la comunicación de la sociedad absorbida el trabajador arguyó que aún no se daban las causas objetivas por falta de inscripción de la fusión, aunque la fecha de efectos contables sí que era anterior, argumento que rechaza el tribunal.

Pero el tema que últimamente ha concitado mayor atención es el de la impugnación de la fusión. Como cuestión previa la inscripción nunca puede convalidar la infracción cometida, en el sentido de sanarla.

Como dije, en cada caso habrá que valorar todas las circunstancias presentes, sin que una categórica proclamación previa sobre la naturaleza de la inscripción condicione indefectiblemente el resultado final.

Pero el tema que últimamente ha concitado mayor atención es el de la impugnación de la fusión. Como cuestión previa la inscripción nunca puede convalidar la infracción cometida, en el sentido de sanarla. El efecto de una supuesta inscripción convalidante habría de ser otro, en concreto que la fusión resulte irreversible, que sea imposible dar marcha atrás en la fusión inscrita, sin otro remedio entonces que el puramente

indemnizatorio. Sin embargo, el hecho de que una hipotética declaración de nulidad de la fusión no tuviera un efecto restitutorio inmediato, tampoco permite afirmar que la fusión sea irreversible. Simplemente, no sería de ese modo como debe actuar la nulidad de la fusión, pero la nulidad puede ser efectiva de otra manera.

En ese sentido se ha de estar de acuerdo con una importante resolución de 2013, donde la DGRN discurre sobre la manera de implantar en la práctica ciertas decisiones judiciales que percuten sobre la validez de procesos societarios complejos, con especial atención a la fusión y escisión de sociedades. Efectivamente, la declaración de nulidad no produce *per se* la inexistencia de la correspondiente modificación estructural y la desaparición del mundo jurídico de todos sus efectos, pero la DGRN admite que puede ser causa de una obligación societaria de remover, convalidar o regularizar los efectos organizativos y societarios generados mediante los correspondientes acuerdos sociales de reintegración patrimonial a través, por ejemplo, de una escisión que permita restituir el *status quo* anterior (de hecho, la propia ley regula esas consecuencias, art. 47.3 LME).

La desfusión tendría lugar mediante una operación en sentido inverso y de carácter forzoso para la sociedad, pues el principio de conservación de la estabilidad sólo impide la anulación retroactiva del acto viciado. Pero si la declaración de nulidad obliga a recomponer la situación anterior al acuerdo, no puede hablarse entonces de irreversibilidad de la fusión, y menos aún de convalidación por la inscripción, por mucho que la previa inscripción en el RM obligue a respetar los derechos de tercero. Se trata de cosas distintas.

Sobre esta base, determinar el ámbito de aplicación del art. 47.1 LME empieza por resultar tarea nada sencilla. Frente al antiguo art. 246.1 LSA que sólo permitía la acción de nulidad contra la fusión inscrita, sobre la base de *"la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos"* de JG, la norma vigente sólo habla de *"impugnación de la fusión"*. En este sentido una SAP de Valencia de 2014 distingue entre la impugnación del acuerdo de fusión, la impugnación de la fusión y la impugnación del tipo de canje, dando a entender que la primera sólo sería posible antes de la



inscripción y con arreglo al régimen general de la LSC, la segunda durante los tres meses siguientes a la inscripción según el régimen autónomo del art. 47 LME, mientras que la tercera discurriría por el mecanismo del art. 38.2 LME.

Ciertamente, son tantos y tan variados los requerimientos informativos y de otro tipo que revolotean alrededor del proceso de fusión, tanto antes como después del acuerdo de la JG, que en teoría es posible plantear la idoneidad de cada uno para fundar por su cuenta una demanda declarativa de la nulidad del proceso de fusión como tal, y no propiamente por razón de aquel acuerdo. Pero es una opción bastante improbable (incluso, cuestionable a la luz del art. 108.1.b) Directiva). Algunos presentan un carácter preparatorio tan acusado que es inútil su impugnación independiente del acuerdo, como ocurre con el proyecto de fusión. Otras veces la impugnación puede referirse a un singular acto o negocio conectado con la fusión, sin suponer por sí mismo el cuestionamiento del entero proceso. Más discutible por la información que deba suministrarse a terceros, como ocurre con los trabajadores, o con los mismos acreedores. Incluso, los propios socios por la información posterior a la JG.

Pero el mecanismo con incidencia realmente devastadora sobre la fusión es la impugnación del acuerdo de la JG, que lógicamente debe dirigirse contra la sociedad que ha tomado ese acuerdo, aunque la declaración de nulidad acabe afectando a todas las participantes, y esta acción puede interponerse en el plazo y por las causas generales. En concreto, desde la adopción del acuerdo es posible impugnarlo según el régimen general, sin que la mera interposición de la demanda suspenda el procedimiento de fusión, singularmente su inscripción, pues se habría de obtener la correspondiente medida cautelar de suspensión, que ni siquiera parece posible cuando la impugnación sólo se funda en el balance de fusión (art. 38.1 LME).

Pero veo poco claro que esta acción no sea posible después de la inscripción, lo que ocurre es que la inscripción provoca un cambio subjetivo que hace imposible dirigir la acción contra las sociedades desaparecidas por la fusión, pero esto no desvanece los motivos de impugnación de los distintos acuerdos individuales en



el caso de no haber interpuesto aún la demanda, y siempre que no haya caducado la acción. Aunque por razón del sujeto aún sería posible impugnar el acuerdo de la JG absorbente, después de la inscripción las distintas vías se agrupan en una que pasa a ser la impugnación de la fusión, que debe dirigirse contra la sociedad subsistente, pero fundada en motivos de impugnación que proceden de los acuerdos singulares, y muy excepcionalmente en otro tipo de infracciones sólo por razón de la ejecución de la fusión.

Pero esta acción se ve sometida a un límite temporal específico de tres meses, capaz de recortar el general de un año en el caso de una hipotética acción de impugnación de un acuerdo –no interpuesta aún– que pudiera acabar más tarde, y hasta excluye la irrestricta posibilidad de impugnar por razón del orden público (también por razón de sus circunstancias). Este plazo cuenta desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad, que en el caso de los socios y los administradores habrá de ser la inscripción por su efecto constitutivo, y para los terceros la publicación en el BORME. Sin embargo, no se trata de una nueva acción que recupere un plazo que ya podría estar caducado según las reglas generales, cuando la fusión se impugne realmente por razón del acuerdo previo de la JG.

Pero en la práctica judicial de estos años el tema que se ha dejado ver con más frecuencia ha surgido extramuros de la LME, concretamente en la LC por

la discutida posibilidad de ejercitar una rescisoria concursal en contra de la escisión de una sociedad. Mientras unos juzgados y tribunales están en contra de que una modificación estructural pueda ser objeto de impugnación por la vía del art. 71 LC, basándose para ello en la prohibición del art. 47 LME, otros se han mostrado a favor de esa posibilidad. En este contexto resulta de gran importancia la STS de noviembre de 2016.

Para el STS el efecto sanatorio de la inscripción no es total, pues, a partir de la inscripción, la nulidad, que sigue siendo posible, sólo podrá fundarse en la infracción de las normas legales referidas a *"la realización de cada concreta modificación estructural"*, o el *"incumplimiento de los requisitos legales"*.

Este es el sentido que la STS atribuye a la expresión *"de conformidad con las previsiones de esta Ley"* del art. 47.1 LME, con una calculada ambigüedad que no limita la impugnación a la infracción de las normas formuladas en la LME, pues también podrán ser otras leyes, siempre que establezcan requisitos propios de la modificación estructural, y con trascendencia bastante para fundar esa invalidez, en lugar de otro tipo de consecuencias (p. ej., obligaciones de información y consulta en el ámbito laboral, que podrán dar lugar a una sanción administrativa, pero no a la nulidad).

Por otro lado, sólo podrá fundarse en la infracción de previsiones legales, lo que deja fuera la vulneración de disposiciones

estatutarias o la lesión al interés social o de la minoría, y con ello la posibilidad de invocar cualquier tipo de abuso. La conclusión general está en línea con lo antes dicho, pues el TS no atribuye eficacia convalidante a la inscripción de la fusión, pues siempre es posible la impugnación -en plazo muy breve, eso sí- cuando se hayan incumplido los requisitos legales, y no veo la razón de excluir la impugnación que tenga causa en alguno de los acuerdos de JG en los términos antes señalados.

La cuestión específica que entonces se plantea la STS es si la rescisoria concursal entra por esta vía, aunque sea para su ejercicio en el limitado plazo de tres meses, y su respuesta es negativa. En la medida que la acción provoca la ineficacia de la operación, pero no está referida a los requisitos propios de la modificación estructural, queda automáticamente excluida por el mero hecho de la inscripción, sin disfrutar siquiera del limitado plazo de gracia de los tres meses.

La cuestión específica que entonces se plantea la STS es si la rescisoria concursal entra por esta vía, aunque sea para su ejercicio en el limitado plazo de tres meses, y su respuesta es negativa. En la medida que la acción provoca la ineficacia de la operación, pero no está referida a los requisitos propios de la modificación estructural, queda automáticamente excluida por el mero hecho de la inscripción, sin disfrutar siquiera del limitado plazo de gracia de los tres meses. Respecto de ella sí que se produce el efecto sanatorio de la inscripción y sólo queda una pretensión resarcitoria común, a ejercitar por la propia administración concursal, referida específicamente al perjuicio ocasionado a determinados acreedores anteriores a la operación. De todos modos, la STS no excluye el posible ejercicio de la acción pauliana cuando se haya actuado fraudulentamente, y así lo ha entendido, por ejemplo, la reciente sentencia del JM de Sevilla que ha resuelto sobre la impugnación del acuerdo de refinanciación de Abengoa.

Concluyo ya mi intervención con algunas cuestiones relacionadas con la escisión. De entrada una resolución de 2016 ha puesto fin a las dudas que pudieran existir sobre la autonomía, y consiguiente admisibilidad al margen de la LME, de la aportación de rama de actividad como contrapartida de un aumento de capital no dinerario, en especial por no concurrir el efecto de sucesión universal característico de la escisión/segregación. Para la DGRN los intereses en juego quedan entonces suficientemente protegidos por la aplicación de las normas propias del aumento de capital, la ausencia de sucesión universal y la normativa laboral. Respecto de la sociedad aportante, la posición de los socios queda salvaguardada por la posible exigencia del acuerdo de la JG en los casos del art. 160.f) LSC sobre la transmisión de un activo esencial.

De todos modos, aunque se obtenga el acuerdo de la JG, se habrá de vigilar en cada caso que no tenga lugar por esta vía una sustitución o modificación sustancial "de hecho" del objeto social, sin cambiar el tenor los estatutos, aunque no está claro si el socio discrepante disfruta en estos casos del derecho de separación. Sobre este tema cito dos pronunciamientos, uno judicial, el otro registral, en sentido aparentemente contradictorio. Una SAP de Barcelona 2015, donde la minoría había pretendido -sin éxito- que el objeto estatutario se adaptara al real, precisamente para separarse así de la sociedad; en primera instancia no se le reconoce este derecho, pero la AP la revoca al entender que la mayoría incurrió en abuso de derecho y por eso le reconoce al demandante el derecho de separación. En contra una resolución de 2017 sobre nombramiento de experto a solitud del socio para la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación, donde el socio recurrente alega que la sociedad venía actuando con abuso de derecho y se había enajenado activos esenciales sin justificación, lo que suponía una modificación sustancial del objeto social. Para la DGRN, el derecho de separación *"sólo surge cuando existe un acuerdo social de sustitución o de modificación sustancial de objeto social, supuesto que no puede confundirse con el de enajenación de activos esenciales que, en ningún caso, genera la aparición del mismo"*.

Cuando en la escisión se opte por la reducción del capital (no es imprescindible,

cabe realizar el traspaso con cargo a reservas), la misma es instrumental a la escisión y carece de autonomía propia, quedando su régimen jurídico subsumido en el de la modificación estructural. Por eso, recuerda la DGRN, no se deben cumplir los requisitos publicitarios del art. 319 LSC, y mucho menos la oposición de los acreedores tendría ahora efecto obstructivo en los términos del art. 337 LSC.

Sobre la necesidad del balance es aplicable lo antes dicho a propósito de la fusión, pero con la salvedad de que ahora sí existe un supuesto de exención legalmente previsto, el del art. 78.bis LME. Aunque el precepto se refiere a varias sociedades beneficiarias, una resolución de 2014 deja claro que la misma regla es aplicable cuando sólo se trate de una sociedad. En aplicación del mismo criterio, y por un elemental argumento *a fortiori*, si cabe prescindir del balance, pero la sociedad, no obstante, decide incorporarlo, menos aún será inconveniente que el mismo sea de fecha anterior al límite legal de seis meses, o que no haya acuerdo expreso de aprobación del mismo.

Para terminar, en relación con el art. 80 LME, señala una STS de 2015 que la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación. También de interés una SAP de Navarra 2014 al declarar que no se excluye la responsabilidad derivada de ese precepto legal por el hecho de que la deuda -gastos urbanización frente a junta de compensación- estuvieran garantizados por una afección real y la finca en cuestión se hubiera transmitido a la beneficiaria de la escisión. Ahora bien, de dicho precepto no se deriva una responsabilidad en sentido inverso en los casos de escisión parcial, en el sentido de que de las obligaciones ya existentes, correspondientes a la sociedad escindida y que pudieran resultar incumplidas por la misma, deban responder solidariamente las sociedades beneficiarias.

Acotaciones a los conceptos de valuabilidad e inscribibilidad en AJD. Especial referencia a novaciones de préstamos o créditos garantizados con hipoteca

Javier E. Satué de Velasco
Notario de l'Escala (Girona)

INTRODUCCIÓN

Si algo queda patente de la experiencia práctica diaria en la aplicación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) es el alto grado de inseguridad que genera para los operadores jurídicos y particulares su interpretación, lo que debería resultar sorprendente porque tiene una alta configuración técnica y no plantea problemas de prueba, como otros impuestos, sujetos a comprobaciones, verificaciones, facturas, valoraciones, deducciones, bonificaciones, requisitos subjetivos, etc.

Pero persiste una guerra de guerrillas en relación con el mismo que no cesa, aunque sus presupuestos sean aparentemente claros y opere *ab initio* en un ámbito abstracto e independiente de vicisitudes concretas.

Sin embargo, se observa recurrentemente cómo las circunstancias, por decirlo suavemente, han ido conduciendo a un mundo abstruso, lleno de recovecos aunque igualado por una constante voluntad recaudatoria.

Por ello, se va a intentar explicar previamente de manera lo más sincrética posible de qué presupuestos parte este tributo, para poder desgranar después las materias objeto del presente trabajo.



Si se repara en los supuestos gravados por AJD, cabe deducir una característica común: hay un alto componente finalista en todos ellos, que acerca el impuesto, pese a su conceptualización como tal, a las características propias de una tasa, pues se halla relacionado con un servicio que el Estado presta en ejercicio de su autoridad a quien solicita su intervención; así:

- El reconocimiento público y uso social legítimo, en el caso de rehabilitación y transmisión de dignidades nobiliarias;

- La agilidad en los procedimientos de recobro, fundamentalmente su ejecutividad, para documentos de giro y asimilados (hasta el punto que los efectos timbrados por cuantía inferior al nominal pierden ejecutividad, como ya declaró el Tribunal Constitucional en sentencia 133/2004);

- La prioridad *erga omnes*, para las anotaciones preventivas no de oficio que tengan por objeto derecho o interés valuable;



Y en el mundo que aquí interesa especialmente, que es el de esas primeras copias de escrituras públicas o actas que contengan actos o contratos inscribibles en registro público (fundamentalmente el de la Propiedad) que tengan por objeto DIRECTO (y esta palabra es clave) cantidad o cosa valuable, la razón de ser del impuesto puede basarse también en el retorno al Estado de ese servicio que presta en ejercicio de su autoridad, a través de los potenciales efectos privilegiados otorgados a un documento notarial si puede acceder al registro por contener acto o contrato directamente valuable.

Por tanto, está relacionada su tributación con el contenido económico que recoge, lo que puede comprenderse tanto por la potencial protección que se presta a ese valor puesto de manifiesto en el documento a favor del sujeto pasivo, (que coincide normalmente con el beneficiario directo del servicio, aunque con la importante excepción de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca) como por el mandato constitucional de que todo impuesto responda a una realidad económica.

Desde este punto de vista, todo acto o contrato documentado notarialmente e inscribible que no se traduzca en la posibilidad de obtener un plus de protección no debería tener una presunción de sujeción, sino más bien lo contrario.

Así, por ejemplo, la consignación registral de un precio aplazado sin garantía real a que se refiere el artículo 10 LH o 58RH,

por mucha cuantía que recoja, no produce efecto real contra tercero ni protege al acreedor especialmente, y no queda gravada por AJD la primera copia de la escritura que contiene dicho aplazamiento.

La misma pretensión de simplicidad puede llevar a identificar algunas de sus características básicas:

- Complementariedad, fundamentalmente en relación a operaciones inmobiliarias sujetas a IVA;

- Subsidiariedad o residualidad, para actos o contratos valubles, no sometidos a ISD o a las otras modalidades (TPO y OS); por ejemplo, gravando una herencia con inmuebles a favor de persona jurídica. La referencia a esos otros actos o contratos conlleva implícitamente un contenido sustantivo para los gravados y no meramente accesorio.

- Es por ello que también aplica un principio de conservación de energía por lo ya tributado, un "ne bis in ídem", moderando la ley tributaciones exorbitadas, por ejemplo en sede de ampliaciones de obra nueva o de hipoteca, o para agregaciones o segregaciones.

- Especialidad, pagando sólo aquello que es objeto del impuesto y que se produce ("acto o contrato") a través o en el documento, y no fuera de él, aunque indirectamente se recoja en el mismo, como cabe entender que ocurre con las actas notariales que actúan como mero vehículo para solicitar una

cancelación de hipoteca o de condición resolutoria por caducidad (el transcurso del tiempo es un simple "hecho" que constata el acta).

- Inmanencia/independencia vs contingencia: atiende al documento, su contenido y efectos potenciales, y se desvincula de sus vicisitudes concretas posteriores, así como de la diligencia del sujeto pasivo en aprovechar el beneficio que le presta, pues basta con que potencialmente se lo otorgue.

Predicado de este aspecto es su autonomía, especialmente respecto de aspectos obligacionales en sede de hipoteca, pues no tiene por qué coincidir su alcance con el del negocio principal, el crédito, pues es perfectamente posible garantizar éste parcialmente.

Y cabe señalar también su autonomía incluso en relación a otras modalidades del impuesto, por lo que sus normas no tienen por qué ser vasos comunicantes.

- Y al fondo de todo ello, su necesaria coherencia con los principios clave constitucionales, como son los de reserva de ley, capacidad económica, igualdad y progresividad (que implican proporcionalidad), y no confiscación, conforme al artículo 31 de la norma fundamental.

PLANTEAMIENTO

De los cuatro requisitos que el artículo 31 del TRITP y AJD exige para que un documento notarial quede sujeto a la modalidad gradual de AJD, (primera copia, acto o contrato que tenga por *objeto directo* cantidad o cosa valuable, que dicho acto o contrato sea inscribible y que no tribute por otra modalidad del impuesto o por ISD) la deriva en la interpretación que la administración tributaria ha venido haciendo para aplicar este impuesto hace conveniente retomar el examen con cierto detenimiento de los requisitos de valuabilidad e inscribibilidad que exige la norma.

Y ello en relación especialmente con la constante autorización en los últimos tiempos de escrituras de novación de préstamos o créditos con garantía real inscribible, motivada principalmente al socaire de la persistente crisis económica.

En este ámbito de novaciones hipotecarias, si se pone algo de manifiesto generalmente no es precisamente



la capacidad económica que informa el artículo 31 de la Constitución de todo el sistema impositivo, (y cabe añadir, de cada impuesto en particular), sino más bien la falta de aquélla, concepto que fue fundamental en la sentencia del TC de 11 de mayo de 2017 sobre inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos urbanos cuando la transmisión no ha puesto de manifiesto tal incremento.

Pero existen también otros supuestos que han generado dudas sobre su alcance impositivo, que hacen conveniente su examen.

A.- VALUABILIDAD

Las reflexiones contenidas en el trabajo "Impuesto sobre actos jurídicos documentados: cantidad o cosa valuable en el cambio de uso y destino" publicado en la revista La Notaria, número 2 del año 2012, continúan básicamente, vigentes, y a ellas se remite el presente, dándolas por transcritas para evitar repeticiones.

Era el año 2012 un momento en el que la confusión, -parece que interesada- del concepto que la Administración venía haciendo de la valuabilidad, concretamente del sintagma "actos o contratos que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable" a través de interpretaciones que pueden calificarse de máximos a efectos recaudatorios, casi no había encontrado freno en los pronunciamientos de los tribunales económico- administrativos y ordinarios.

Así, ciertas modificaciones voluntarias- pues las de base fáctica en principio se consideran meras rectificaciones no sujetas a AJD- de contenido accesible al registro relativas a fincas, como los casos de cambio de uso o destino o las vinculaciones ob rem, o a actos o contratos inscritos, singularmente en novaciones de préstamos o créditos hipotecarios, se habían visto reiteradamente calificadas como valuables, liquidando sobre la base, bien por el valor total de la finca o fincas afectadas, bien por el de la responsabilidad hipotecaria ya inscrita, sin tener en cuenta la valuabilidad o no específica del acto o contrato documentado.

Este tipo de interpretación, en síntesis, cabe adelantar que desplaza el "objeto directo" de gravamen, pues la ley sujeta específica y directamente el contenido valuable

específico de dichos "actos o contratos" y no la base física o jurídica preexistente ("objeto indirecto") sobre la que recaen.

El objeto directo es ese "acto o contrato" (no se extiende por tanto a "hechos") queda contenido al documento; lo demás significa apartarse de la propia dicción de la norma.

Y si bien los supuestos citados han seguido siendo tratados por la administración generalmente con esos criterios de máximos recaudatorios, la última práctica de los tribunales, incluso administrativos, ha venido rectificando dichas interpretaciones, moderando sus consecuencias onerosas para los contribuyentes, a través de pronunciamientos de los que cabe destacar los siguientes, siguiendo aquí y en otras referencias del presente escrito la ágil, útil y luminosa web "tottributs.com" a cargo de Josep Maria Vázquez Moreno:

El objeto directo es ese "acto o contrato" (no se extiende por tanto a "hechos") que da contenido al documento; lo demás significa apartarse de la propia dicción de la norma.

- la importante Resolución del TEAC de 7 de junio de 2016, apuntalada por sentencia del TSJ de Madrid de 19 de junio de 2017, que fija como base imponible a efectos de AJD en el ejercicio de una opción de compra por leasing exclusivamente el valor residual, y ello aunque se ejercite de manera anticipada, según matiza dicha sentencia;

- Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2017, que no sujeta a AJD el cambio de uso de un inmueble cuando de manera simultánea se formaliza su división horizontal, concibiendo al cambio de uso como un subtipo o modalidad de obra nueva, de lo que cabe desprender que su base estaría constituida por el valor de las obras de adecuación a ese cambio de destino.

Pero este criterio lógico y ajustado a derecho, es decir, gravar por AJD el valor del objeto "directo" del acto o contrato documentado, y no del inmueble o, por lo que aquí interesa, de la responsabilidad hipotecaria preexistente (o del saldo pendiente

te del préstamo modificado, a la vista de las últimas consultas tributarias), tiene su apoyo en la propia dicción de la ley en los casos que recoge expresamente (por ejemplo, obra nueva, segregación/agregación) y en distintos supuestos que indirectamente avalan esta interpretación, entre los que cabe mencionar los siguientes:

- en sede de anotaciones preventivas no de oficio de embargo, la base imponible se fija por la cuantía reclamada (objeto "directo") , actuando el valor del inmueble sobre el que recae exclusivamente como máximo (objeto "indirecto") (artículo 42 del texto refundido de ITP y AJD, y consultas vinculantes DGT de 7 de octubre de 2009 V2239 y de 11 de diciembre de 2014), evitando consecuencias que fácilmente se ve que podrían resultar desorbitadas;

- en la constitución o cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de operaciones sujetas a IVA, la base imponible es ese precio aplazado (objeto directo), y no el valor del inmueble (objeto indirecto).

Es razonable pensar que el legislador da pautas generales a través de esas normas para determinar la base imponible, y no que las conciba como excepciones.

Sobre esta base, hay ciertos supuestos que han generado dudas, como se decía, pero que deberían ajustarse a este criterio general, de los que cabe espigar:

1) El cambio de uso y destino, ya que aunque incluso alguna sentencia lo ha considerado no valuable,- como la del TSJ Madrid 21/2 /2014, recurso 1450/2010, que dio la razón al TEAR y se hacía eco de jurisprudencia más antigua, e incluso una consulta reciente, la V0075-17, porque considera que el uso nuevo ya estaba reflejado catastralmente y no había cambio de valor catastral-, de considerarse valuable, la base de cálculo debería ser el valor de las obras de ejecución o la diferencia de valor acreditada entre el antiguo uso y el nuevo, siguiendo aquí los criterios jurisprudenciales y comentarios del gran Joaquín Zejalbo (d.e.p.) en la web "notariosyregistradores.com" publicado bajo el título "Base imponible en los cambios de uso de local/vivienda y viceversa" , de fecha 10/5/2017, en el que se hacía eco de una sentencia del TSJ de Andalucía de fecha 8 de noviembre de 2016 que aceptaba este criterio, siguiendo el de la DGT en cv 1465-15.



Sin embargo, la administración parece seguir anclada en el criterio general de tomar como base evaluable en estos casos la del valor del inmueble, lo que significa en definitiva gravar una capacidad económica distinta de la puesta de manifiesto en el instrumento, prescindiendo de su objeto "directo".

2) Las vinculaciones "ob rem", en las que la DGT había venido tomando como base el valor total de las fincas implicadas, y no el valor atribuible a esa vinculación en sí (consultas V1099 y V1100 de 9 de abril de 2015).

Cabe plantearse también el caso opuesto, es decir, el de una desvinculación, en el que asimilarla a una división de finca a efectos tributarios, pagando por el total valor de ambas fincas, puede resultar desproporcionado por comparación con ciertos supuestos que presentan analogías y se citan a continuación.

Podrían estas vinculaciones entenderse dentro del ámbito de no sujeción de aplicarse el criterio del artículo 30.3 del texto refundido, pues no parece posible determinar la cuantía de la base de ese acto concreto, que puede entenderse actúa como una limitación de disponer, aunque también es cierto que la eficacia *erga omnes* de ciertas vinculaciones puede determinar un aumento de valor económico para los inmuebles afectados por la seguridad que comunican en el tráfico, pero en todo caso sería ese aumento de valor el que debería congruentemente fijarse para determinar la base imponible.

Otra línea posible sería hacerlo por referencia, cuando fuere posible, al valor de la finca accesoria, pues así se está aceptando en las vinculaciones o desvinculaciones de anexos en sede de propiedad horizontal, o en el caso particular de desafectación de elemento común, y su opuesto de conversión de elemento privativo en común y así lo ha hecho la consulta vinculante de la DGT número 0894-18, de 6 de abril, mejorándose el tratamiento fiscal con relación a las consultas antes mencionadas.

No obstante, se observa también un desplazamiento del objeto del gravamen, pues estas últimas son operaciones de individualización jurídica por creación o desaparición de entidades hipotecarias, mientras que en las vinculaciones o desvinculaciones las fincas continúan existiendo si bien afectadas o liberadas de las vicisitudes de otras, y la mutación jurídico-real se concreta en esa afectación o liberación, alcance en cualquier caso de menor calado sustantivo que el de los casos mencionados, pudiendo entenderse que se produce desigualdad de trato por desproporción (artículo 31 CE).

3) Cambio del valor de tasación a efectos de subasta hipotecaria, aspecto éste sobre el que la administración tributaria ha vacilado en uno y otro sentido, habiéndose decantado últimamente por hacerlo tributable por el valor del saldo pendiente más intereses y costas en ese momento del préstamo modificado (ccvv DGT 0338/17 y 1078/2017).

Es fácil apreciar también que dichos cambios del valor de tasación normalmente se referirán a reducciones del mismo, lo que no es fácil subsumir en una demostración de capacidad económica respecto de la situación preexistente, porque de referirse a un aumento de valor, estará ligado normal y lógicamente a una ampliación del crédito garantizado.

Pero en este último caso, la DGT pareció curarse en salud en su consulta V1221-14 de 7 de mayo, confirmada recientemente por la 0016-18 de 9 de enero (que desconoce, por cierto, una resolución del TEAC de 10 de octubre de 2017 en sentido nítidamente contrario), haciendo tributar por AJD, ancha es Castilla, dos veces: una por la ampliación y otra por el cambio del valor de tasación sobre la base del saldo pendiente en ese momento, lo que fue criticado por Miguel Prieto Escudero en su blog "Justito el Notario", comentando este caso, y también por Josep Maria Vázquez en su ya mencionado blog, quien además se hace eco de una resolución de la DGRN de 26 de octubre de 2017 que ha considerado que el cambio de valor de tasación opera solamente en el ámbito procesal y no nova la obligación garantizada ni afecta al rango, *no requiriendo su modificación el consentimiento de titulares registrales posteriores*, lo que añade este comentarista debería tener su repercusión fiscal congruente con esa declaración, que debería ser la no sujeción.

Pero el criterio de esta resolución es sustantivamente discutible, pues esa calificación meramente procesal del cambio del valor de tasación no parece tener en cuenta que podrían verse disminuidas o directamente frustradas las expectativas de cobro de los titulares de cargas posteriores ante una rebaja de esa tasación, dada la exigencia de unos mínimos de adjudicación en subasta, al menos en caso de ejecución de vivienda habitual, conforme a los artículos 670, 671 y concordantes de la LEC.

En todo caso, la DGT ha vuelto a cambiar de criterio aceptando expresamente el de la resolución del TEAC mencionada en consulta vinculante 1914-18 de 29 de junio, considerando no evaluable el cambio del valor de tasación, atribuyéndole una significación puramente procesal, lo que tiene importancia a efectos de lo que se desgranará en el apartado de inscribibilidad.

Caso distinto, aunque no muy ajeno, es el de fijación en escritura del valor de subasta



para cada finca hipotecada habiendo sido distribuida la responsabilidad en instancia privada conforme al artículo 216 RH, que el TEAC ha considerado no sujeta en resoluciones de 12 de mayo de 2009 y 10 de octubre de 2017, sobre el argumento básico de que *ya tributó* y no supone una nueva convención.

B.- INSCRIBIBILIDAD

La interpretación que la administración ha venido haciendo de este requisito está también en la raíz de la confusión que ha generado este tema.

Ello ha venido por la vía, también parece que interesada, de asimilar el mero acceso al Registro de un dato o circunstancia relativo a un derecho real inscrito, a su base física, o cabe decir que también a aspectos obligacionales en el ámbito de los préstamos hipotecarios y sus modificaciones, con el concepto de “acto o contrato inscribible que tenga por objeto (directo) cantidad o cosa valuable” que exige el a 31.2 TRITP y AJD.

En definitiva, la confusión de la parte con el todo.

El contenido del RP, el más trascendente en la práctica, está tasado legalmente: son los actos y contratos (y puede verse aquí su espejo en AJD) relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, ex a 1.1 y 2 LH.

Otra cosa diferente son las circunstancias de la inscripción a que se refieren los artículos 9LH y 51 RH, necesarias para que aquéllos actos o contratos se recojan tabularmente, y que sirven fundamentalmente al principio de determinación.

Paralelamente, la ley señala lo no accesible a tabulas, ex a98LH, 9 y 51.6RH.

Sintéticamente: el RP tiene un contenido propio y específico, que son las mutaciones jurídico-reales, afectantes a la base física de un derecho real ya inscrito o al derecho real objeto del título, concretadas en:

-constitución o transferencias de dicho derechos reales;

-delimitaciones de los objetos susceptibles de dichas transferencias, fundamentalmente por modificaciones en su individualidad, a efectos de su negociación separada o no en el tráfico, bien sea para

perderla o ganarla, o bien para alterarla, como ocurre por ejemplo en una declaración de obra nueva, supuesto que tiene subyacente un modo de adquirir originario, como es la accesión (artículo 609 del Código Civil);

- y prioridades, entendidas *latu sensu*, cuya principal aplicación en materia hipotecaria es el rango, que cabe recordar tiene valor económico.

Pues bien, hay base para entender que AJD grava exclusivamente las mutaciones jurídico-reales que pueden acceder al registro y tienen un objeto directo valuable: sólo cabe entonces hablar de “actos o contratos inscribibles”.

Cabría distinguir por tanto los siguientes contenidos del título:

1) Aspectos irrelevantes a efectos del registro, como son en principio los obligacionales.

2) Aspectos que pueden acceder de manera vicaria o accesorio, que sirven al principio de determinación registral, el cual se refiere siempre al derecho real o su base física y permiten su identificación e individualización, pero que generarán tan solo efectos instrumentales relacionados con la mera publicidad-noticia, transparencia, procesales, y cierta oponibilidad. Aquí podría utilizarse la palabra “transcripción” de los contenidos del título.

Por ejemplo, el artículo 682 de la LEC, después de referirse a la necesidad de con-

signar en la escritura de constitución de hipoteca tasación y domicilio dice en su apartado 3º: “El Registrador hará constar en la inscripción de hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior”. O el artículo 5 de la ley 2/1994 que distingue entre mutación jurídico real (la subrogación activa a favor del nuevo acreedor) y las circunstancias de la nota marginal en que se plasma, entre las que se hallan “las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos”.

3) Mutación jurídico-real, que será ese “acto o contrato inscribible”, por implicar un derecho real sobre un inmueble, considerado en su unidad, un contenido que conlleve en potencia una posible alteración de rango hipotecario, o una modificación del inmueble, valuable directamente, y cuyo acceso a registro le conceda un plus de protección. Aquí es donde propiamente cabe hablar de “acto o contrato inscribible”, y ello independientemente de que se haga constar a través de un asiento de inscripción, anotación o nota marginal.

La principal confusión a que se aludía antes se produce aquí, igualando al acto o contrato inscribible, esa mutación jurídico real valuable directamente, con aspectos transcribibles del título o con lo que la propia ley llama “circunstancias” de la inscripción, y que no pueden tomarse más que del título.

Es posible encontrar así una explicación congruente que permita guiarse en la interpretación de la norma y evite criterios



disparos y contradictorios, retomando un camino recto sobre lo que el legislador un día quiso o tuvo en mente, en un mundo técnico-jurídico más coherente que el actual, donde se ha ido produciendo sin prisa pero sin pausa una progresiva inflación del contenido del Registro que ha pasado a recoger no sólo mutaciones jurídico-reales sino también aspectos procesales y otros relacionados con una voluntad de transparencia que en muchos casos resulta más efectista que real.

Este esquema, sin embargo, y entrando ya en el mundo de los préstamos hipotecarios y sus modificaciones, debe adaptarse fundamentalmente por razón del carácter accesorio de la hipoteca a la obligación garantizada de la que en todo momento depende.

Es por ello que se recogen en el asiento de inscripción del derecho real de hipoteca las "circunstancias" identificativas relativas a la deuda en los términos del artículo 12 de la Ley hipotecaria, a la que queda anudada, aunque la ley 41/2007 flexibilizara ciertos aspectos de la relación hasta ese momento existente entre crédito e hipoteca, como en el caso de la llamada hipoteca *flotante del artículo 153 bis LH*, y singularmente en cuanto a la admisibilidad de la llamada hipoteca *recargable*, no sin un gran debate doctrinal a favor y en contra debido a la confusa nueva redacción del a 4 de la ley 2/1994, aunque con distintas modulaciones en relación con el rango, dudas que pretendió superar la resolución DGRN de 14 de mayo de 2015.

El actual artículo 12LH, modificado por la ley 41/2007, comienza diciendo simplemente que en las "*inscripciones del derecho real de hipoteca*" se expresará el importe del principal de la deuda, y *en su caso*, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, lo que es lógico por exigencia del principio de determinación registral.

Este precepto se limita a distinguir entre una hipoteca ordinaria, cuyo efecto de fe pública alcanza al crédito perfectamente determinado, y una hipoteca de seguridad, en que esto no es así, no estando sujeta al artículo 144 de la LH y su desarrollo reglamentario, el artículo 240 RH, pues la determinación de la deuda garantizada por todos o algunos conceptos no se produce ab initio, sino posteriormente por medios extrarregistrales.

Este dato es importante si se tiene en cuenta que la inmensa mayoría de novaciones hipotecarias se ha practicado en relación a préstamos o créditos con intereses variables, configuradas como hipotecas de seguridad. Cabe observar que, tratándose de hipoteca de seguridad, el artículo 12 LH no hace referencia a los intereses efectivos como objeto de inscripción, sino solamente a su máximo, y cabe añadir que en su caso, pues pueden no garantizarse, como se ha indicado, y aquí se observa la nota de autonomía de AJD, *que grava el derecho real y no el crédito*.

El invocado principio de determinación registral se refiere al derecho real inscrito y sólo mediatamente y al servicio de éste, a la obligación subyacente:

- En una hipoteca ordinaria o de tráfico, si hay unos intereses pactados fijos garantizados y luego se modifican, se modificará normalmente la responsabilidad hipotecaria (o no, porque podrían no quedar garantizados); si se modifica alterando la responsabilidad hipotecaria y, por tanto, potencialmente la preferencia que conlleva, la sujeción a AJD de la modificación tendrá sentido, aunque todavía podría discutirse cuál sería su base, que parece lógico que debería ser la diferencia operada por la modificación y siempre que suponga ampliación de responsabilidad hipotecaria por ese concepto, pues en una reducción se estaría en un terreno cancelatorio, discusión actualmente no operante pues están exentas todas las novaciones de interés.

El invocado principio de determinación registral se refiere al derecho real inscrito y sólo mediatamente y al servicio de éste, a la obligación subyacente.

No debe olvidarse que lo que puede hacerse indirectamente debería poderse hacer directamente: cabría cancelar la responsabilidad por intereses inicial o por costas, por ejemplo, y otorgar sin solución de continuidad un documento nuevo afectante solamente a intereses garantizados o a costas, y aquí la base de AJD debería ser sólo, como máximo, lo garantizado en ese documento, que es autónomo e inmanente.

- Pero en una hipoteca de seguridad, la modificación de intereses dentro de los máximos de responsabilidad hipotecaria no alterará ésta, ni la preferencia potencialmente llamada a obtener, que es el beneficio que justifica la tributación.

Esa modificación de intereses dentro del máximo en hipoteca de seguridad no afectará a tercero si es a la baja, (al contrario, le beneficia) y si es al alza, supondrá un supuesto tácito de recarga sin pérdida de rango ya admitido desde antiguo en nuestro derecho.

Recarga que no plantea problemas en las hipotecas de seguridad, bien sean flotantes del 153 bis LH o en garantía de créditos, sean o no en cuenta corriente; así, las segundas disposiciones de los llamados créditos abiertos no se documentan normalmente en escritura pero quedan amparadas por la preferencia de la responsabilidad hipotecaria inicialmente inscrita siempre que el saldo por todos los conceptos se determine en la forma legalmente prevista y conforme al título ejecutivo.

No generándose ningún beneficio suplementario en estos supuestos, ¿es lógico que tributen, aunque pueda hacerse constar una modificación de los intereses en el registro?

Más controvertido podría ser en sede de hipoteca de tráfico el tratamiento tributario de una recarga dentro del límite inicial de responsabilidad hipotecaria que no ampliara el plazo, (en otro caso pierde rango, según RDGRN de 14 de mayo de 2015) supuesto poco frecuente en la práctica pues se tenderá normalmente a ampliar el plazo para facilitar la devolución del préstamo, pues desde el punto de vista de AJD podría potencialmente alterarse el rango por una ampliación de plazo posterior, y esto es suficiente para provocar su sujeción (el contenido del documento lleva consigo esa potencialidad) y no sólo cuando implique efectiva alteración de rango como parece prevenir el artículo 4.3 LSMPH. Podría entenderse en estos casos que la expresión que utiliza este precepto "en ambos supuestos", no se refiere a incremento de responsabilidad o ampliación de plazo para que se tome razón de la recarga por nota marginal, sino a que es indiferente que se altere o no el rango en ese momento, pues potencialmente podría tener lugar con posterioridad, implicando una mutación jurídico-real.



Tras la ley 41/2007, el párrafo segundo de dicho artículo 12 LH introdujo el acceso al registro, por "*transcripción*" - se cuidó de utilizar la palabra "*inscripción*", de las cláusulas de vencimiento anticipado y *demás cláusulas financieras* de los préstamos hipotecarios sujetos a la ley 2/1981 de Mercado Hipotecario para el caso de inscribirse "*las de trascendencia real*", lo que implica que el propio legislador no concibe propiamente como tales a aquéllas.

Las dudas interpretativas acerca de dicha "*transcripción*" y la función del registrador (automatismo vs calificación) en relación a estas cláusulas fueron objeto de debate que trató de disipar la Resolución de la DGRN de 16 de agosto de 2011, que incluso consideró, a estos efectos y en su caso, tácitamente derogado el artículo 51.6º del RH (lo que implica reconocerlas obligacionales); así, el hecho de incorporar dichas cláusulas al Registro se supeditó exclusivamente a que no hayan sido declaradas judicialmente nulas, contrarias a norma imperativa/prohibitiva, o sean abusivas, de acuerdo con su normativa específica, criterio básicamente confirmado por la sentencia del TS, sala 1ª, de 13 de septiembre de 2013.

Son contenidos que caerían en ese segundo grupo de circunstancias de la inscripción, accesibles por razones de transparencia o procesales pero que no tendrían nunca objeto directo valuable, y se estaría, de gravarse a través de una interpretación literal del término "*inscribible*", desplazándose el objeto directo del gravamen; adicionalmente, no alteran la responsabilidad hipotecaria y lo que provocan es tan solo un efecto de transparencia a efectos de ejecución, pues la preocupación del legislador de 2007 acabó siendo evitar clandestinidad en ejecución por razón de excepciones no conocidas de terceros.

Ello resulta cuando menos llamativo, si tenemos en cuenta que dichas cláusulas han de partir siempre de un título ejecutivo, normalmente la escritura pública, otorgada con todas las garantías de seguridad jurídica.

La nueva redacción de los artículos 12 y 258-2 de la Ley Hipotecaria prevista por el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario, trasponiendo legislación comunitaria (Directiva UE 2014/17), parece confirmar y ampliar esta visión, estableciendo claramente la calificación registral

de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras en préstamos hipotecarios.

Pero cabe advertir que este camino es distinto de los objetivos primigenios de los anteproyectos de la ley 41/2007, que buscaba una simplificación de la ejecución hipotecaria, evitando calificaciones discordantes, y establecer un principio general de integración extrarregistral de la ejecución, (que no extra notarial) que pasó a mejor vida en el texto final, aludiendo el artículo 130 LH, en sede de ejecución ordinaria, a aquellos extremos contenidos en el título "*que se hayan hecho constar en el asiento respectivo*", y que no puede tener más que una significación procesal, en contra de lo opinado por algún sector registral que ha entendido que ese precepto da base para decir que todo aspecto novatorio obligacional debería acceder al registro, cuando la génesis del precepto y su precedente abonan la interpretación contraria.

Pero es importante destacar que esa integración extrarregistral de la ejecución sigue existiendo desde luego para las hipotecas de seguridad, y que la determinación del *quantum* reclamable por los distintos conceptos atiende siempre a documentos que despliegan sus efectos extrarregistralmente, y no sólo en este ámbito del *quantum* reclamable por ejecución, sino también para la determinación del importe de cargas anteriores (artículo 657 LEC) o en materia de responsabilidad hipotecaria por costas, que funciona siempre como "*mini*" hipoteca de seguridad, pues su montante concreto nunca tiene lugar por relación al contenido del registro.

De lo anterior se puede colegir que el alcance del acceso al registro de ciertos contenidos de las novaciones hipotecarias modificativas es relativo, pero todo parece indicar que la administración, desatada la crisis (para más "*inri*"), vio un filón a explotar y en este sentido resulta ilustrativo detenerse en el camino por el que llegó a la conclusión de que modificar las comisiones o el sistema de amortización de un préstamo tributa por AJD:

a) primer momento: antes de la ley 2/1994

La novación de un préstamo hipotecario sujeto a IVA, sólo generaba liquidación por AJD si tenía trascendencia real, relacio-

nada con una modificación de responsabilidad hipotecaria, como se ha apuntado anteriormente, y así lo había reconocido la propia DGT en diversas ocasiones.

b) segundo momento: la ley 2/1994 introduce una norma congruente con la finalidad de la ley de incentivar las subrogaciones activas al amparo de la misma para declarar exentas esas operaciones, cosa lógica porque las que no se hicieren por esa vía sino por la general del 1211 cc- lo cual sigue siendo perfectamente posible- quedan sujetas, pues se produce una transferencia inscribible de la titularidad del crédito hipotecario a favor del nuevo acreedor, sin consentimiento del primitivo.

Pero luego, en su artículo 9, declaró exentas de AJD las novaciones de préstamos tipo de entidades por modificación de interés, plazo, o ambas.

Así, de rondón, parece que presupuso sin declaración legal previa que en realidad estaban sujetas las modificaciones de intereses, procedimiento de declaración de exención que ha utilizado al menos en otras dos ocasiones: en el RDL 6/2012 para deudores hipotecarios sin recursos y en otra ley 17/2014 de reestructuración de deudas empresariales para quitas en acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de la ley concursal.

Pero si bien ello podría ser correcto en relación a una ampliación de plazo en general, o a los intereses en una hipoteca de tráfico, resulta no ajustado a una hipoteca de seguridad si no se modifica, ampliando, la responsabilidad hipotecaria por intereses si nos atenemos a las razones apuntadas.

En realidad, puede interpretarse que lo que vino a decir la ley es que estaban "*exentas*" las que estuvieran "*sujetas*".

c) tercer momento: la ley 41/2007 modificó de nuevo el artículo 4 de la ley 2/1994, señalando que la novación de préstamo hipotecario puede referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: ampliación o reducción de capital, plazo, interés, sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras, prestación o modificación de garantías personales.

Pero lo decisivo, a la vista de un informe de la DGT del Ministerio de infausta fecha, 12 de abril de 2010, y seguido con celo draconiano por las CCAA, es que como ese ar-



título no había modificado el artículo 9 de la ley 2/1994, que sólo comprendía interés y plazo como modificaciones exentas, el resto de supuestos no estaban exentos (y ni siquiera interés y plazo tratándose de créditos hipotecarios, cosa que luego se "arregló"), por una aplicación grosera de la regla latina *inclusio unius est exclusio alterius*, lo cual resulta inaceptable, pues hay al menos un supuesto en esa lista, la prestación o modificación de garantías personales, que nunca está sujeto a AJD, pues no pueden inscribirse *per se*.

En conclusión se ha pasado por vía indirecta a sujetar supuestos que el legislador nunca contempló en su espíritu y finalidad.

En este ámbito de las alteraciones de rango se observa claramente que el documento gravado está destinado a inscribirse y obtener un efecto jurídico real relacionado con la preferencia llamada a conceder al menos en potencia, y que es independiente del saldo definitivo que resulte en caso de incumplimiento de la deuda.

Solamente, atendiendo al fundamento teológico del impuesto, si esas modificaciones implicaran una alteración de responsabilidad hipotecaria o una potencial de rango cabría plantear su sujeción, pues entrarían en la categoría de mutación jurídico real.

Pero la liquidación por AJD actual de estas novaciones también resulta novedosa y original, pues desde hace un tiempo, y como se ha comentado antes, se realiza por relación al saldo pendiente en aquel momento del préstamo modificado, lo que es absolutamente extraño a la configuración técnica del impuesto, desgajada de sus vicisitudes concretas (inmanencia), confunde crédito con garantía, y supone un desplazamiento del objeto directo del gravamen, que es la modificación operada.

Y además es ajena a pronunciamientos legales, pues la ley fija un criterio específico en sede de AJD, para los negocios relativos al rango, y se refiere siempre a la responsabilidad hipotecaria inscrita (artículo 30 TR), mientras que aquí se opta por un criterio que muy bien pudiera ser extratítulo, pues sólo por vía arancelaria ha aparecido en las escrituras el saldo pendiente, sin que ningún precepto de la Ley Hipotecaria obligue en materia de novación (no así para una subrogación activa) a su consignación registral.

En este ámbito de las alteraciones de rango se observa claramente que el documento gravado está destinado a inscribirse y obtener un efecto jurídico real relacionado con la preferencia llamada a conceder al menos en potencia, y que es independiente del saldo definitivo que resulte en caso de incumplimiento de la deuda; la admisión del sistema de recarga de hipoteca en las ordinarias o de tráfico sin pérdida de rango opera asimismo en contra de este criterio contingente del saldo pendiente a efectos impositivos.

Resulta curioso, para terminar, que el criterio de saldo pendiente haya salido a la palestra cuando las cancelaciones de hipoteca ya gozaban de exención, y no antes, aunque habrá que estar expectantes al momento en que se invoque ese mismo criterio para cancelar una condición resolutoria en garantía de un precio aplazado pagado en su totalidad.

En definitiva, la introducción del concepto "saldo pendiente" realizada por la administración para determinar la valuabilidad del acto más bien se puede calificar ajena a la alta técnica configuratoria del impuesto; podría decirse que el impuesto "no se lo merece".

A la vista de todo ello, es razonable entender que las cláusulas financieras "trans-

cribibles" que pueden acceder al Registro son más bien aspectos o "circunstancias de la inscripción", pero no la inscripción misma, la cual recoge el derecho real en su unidad, y no el crédito que lo sustenta, y la sujeción a AJD de la primera copia notarial que las documenta, sea por la base de la responsabilidad hipotecaria preexistente o sea por el saldo pendiente, desplaza el objeto del gravamen, y, según su contenido, puede dejar sin aplicación el artículo 30.3 del TR.

Algo que no parece importar a la cv DGT 459/2017, que, rizando el rizo, dice que la novación de un préstamo/crédito hipotecario no tiene porqué referirse a la responsabilidad hipotecaria inscrita (lo cual es cierto) para, a continuación, gravarla por la base de la misma.

Parece más clara y ajustada a la técnica del impuesto la consulta de la DGT valenciana de 31 de mayo de 2012 que declaró *no sujeta a AJD* la escritura de novación de un crédito en cuenta corriente garantizado con hipoteca que reducía el límite de disponibilidad sin modificar vencimiento ni máximo de responsabilidad hipotecaria, ya *que no afecta a la garantía hipotecaria*.

Criterio que podría aplicarse lógicamente a una modificación de intereses que no altere la responsabilidad hipotecaria.

CONCLUSIÓN

Toda esta interpretación, se dirá, obliga a determinar el carácter de "inscribible" de los actos o contratos en términos técnico-jurídicos, y a calificar su contenido por las oficinas liquidadoras, pero así se hace también para cualquier tipo de transmisión, y así se desprende del a.2TR.

Y es que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, al consagrar un sistema de *numerus apertus*, provoca congruentemente que el TRITP y AJD deje abierta la imposición a figuras o derechos no conocidos que tengan carácter real, si bien es cierto que algunas modificaciones voluntarias de fincas o derechos inscritos de contenido valuable, que no constituyen propiamente un derecho real, como los cambios de uso o destino, pueda interpretarse que cumplen el requisito de inscribibilidad, sustantividad que podría predicarse también de la escritura pública de recarga de hipoteca.



Es claro, en todo caso, que la Ley del ITP y AJD de 1980, y su precedente el D. 1018/1967 que creó el impuesto de AJD por refundición de otras figuras impositivas y fue autor de la dicción "actos o contratos que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable" que pasó incólume a la ley vigente, no pensaba en la "transcribibilidad" o no, de ciertas cláusulas, y que buscaba una seguridad jurídica para el intérprete, pues en definitiva no puede hacerse depender la aplicación del gravamen del criterio individual de cada registrador: la calificación o no de una cláusula financiera o de vencimiento anticipado determinada inserta en una novación como accesible al registro, y esto es algo que precisamente quería evitar la ley 41/2007, y así lo decía en su exposición de motivos, tratando de agilizar algo que parece haber pasado a mejor vida a tenor del proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario.

Concluyendo ya, el hecho de introducir una modificación en el crédito garantizado, como el sistema de amortización, una causa

de vencimiento anticipado, o determinadas cláusulas financieras, todas ellas relativas al crédito, u otra circunstancia no valuable del derecho real de hipoteca inscrito, no debería generar liquidación por AJD, bien por no tener esas modificaciones por objeto directo cantidad o cosa valuable, o manera de determinarla, ex a. 30.3 TR, bien por no ser inscribibles en los términos en que el legislador ideó el impuesto.

En todo caso, conviene apuntar que el TS ha dictado en fecha 9 de abril de 2018 un auto de admisión del recurso 5580/2017 por el que fijará jurisprudencia en cuanto al contenido valuable de novaciones hipotecarias en que se modifique algo diferente a plazo o tipo de interés.

Sin olvidar que la razón subyacente de novar un préstamo/préstamo es, *prima facie*, la falta de liquidez y el deseo de evitar gastos; gastos, impuestos incluidos, que no es imposible que puedan absorber la totalidad de la ventaja concreta pretendida con la modificación, generando entonces una

confiscación en la práctica de dicha ventaja, y cabe recordar que el artículo 31 de la CE invocado por el TC para las plusvalías municipales establece, junto con la capacidad económica, el carácter no confiscatorio del sistema tributario, lo que tampoco debe interpretarse en su conjunto, sino en relación a cada impuesto y su aplicación concreta.

Todo ello no sería extraño que genere una futura litigiosidad que parece milagroso no se haya desencadenado ya en estos tiempos revueltos de cláusulas suelo y gastos varios, que, de prosperar en sentido favorable al ciudadano, desencadene una intensa actividad por devolución de ingresos indebidos no prescritos, de la que hay experiencia reciente y actual, en relación con la citada plusvalía municipal y con la declaración por el TJUE de falta de igualdad de trato de la ley española en ciertos supuestos de herencias relativas a no residentes comunitarios, y extendida muy recientemente por el Tribunal Supremo para no residentes extracomunitarios.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde abril a julio de 2018

Redacción Lefebvre-El Derecho

SUBVENCIONES

Control del Estado sobre subvenciones en Comunidad Autónoma. Base de Datos Nacional de Subvenciones.

Ref. EDE: 2018/503089, STC Pleno de 12 abril 2018, rec. 3447/2015, Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Inconstitucionalidad por el control del Estado sobre las subvenciones en Cataluña. Por conducto de la Base de Datos Nacional de Subvenciones. El Pleno del TC ha estimado de forma parcial el recurso presentado por la Generalitat de Cataluña contra el artículo referido al inciso “por conducto” de la Base de Datos Nacional de Subvenciones de la Ley General de Subvenciones. La Generalitat cuestionaba la injerencia de un órgano estatal, como es la Base de Datos, en la tramitación de las convocatorias de las subvenciones de la Generalitat. Esto es, la necesaria intermediación de dicho órgano “por conducto” del cual se debe dar traslado de un extracto de la convocatoria al diario oficial correspondiente para su publicación, de modo que no pueda producirse ésta sin aquella (FJ 11).

ITER PROCESAL: La Sala estima en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y declara la inconstitucionalidad de algunos incisos de las leyes 15/2014, de 16 septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; Ley 38/2003, de 17 noviembre, General de Subvenciones. Declara, por otro lado, que el art.23, que da nueva redacción al art. 32.4 Ley 10/1990, de 15 octubre, del Deporte, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 3 f), en el sentido de que se refiere exclusivamente a las competiciones oficiales de ámbito estatal. Declara que el art. 30, apartados 7 y 9 Ley 15/2014,

de 16 septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (arts. 62.3 y 66.4 Ley 38/2003, de 17 noviembre, General de Subvenciones) no son inconstitucionales interpretados en los términos del fundamento jurídico 12 b), en el sentido de que las multas coercitivas a que los mismos se refieren no pueden imponerse a las Comunidades Autónomas.

Denegación de incentivos regionales. Error en la apreciación de los hechos

Ref. EDE: 2018/64829, STS Sala 3ª, Sec. 3ª de 4 mayo 2018, rec. 4870/2016, Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

RESUMEN: Solicitud de incentivos regionales. El TS establece que, para conceder incentivos regionales, los Servicios Técnicos de la Dirección General de Fondos Comunitarios deben analizar, de forma contrastada, toda la documentación escrita y gráfica aportada con la solicitud, con la finalidad de que el Consejo Rector de Incentivos Regionales pueda calificar correctamente el proyecto inversor, antes de elevar la propuesta de resolución a la Comisión Delegada del Gobierno (FJ 2).

ITER PROCESAL: Estima parcialmente, el TS, el recurso interpuesto contra acuerdo denegatorio de la solicitud de incentivos regionales, para el proyecto de inversión presentado por la mercantil recurrente, por no ser conforme a derecho. Considera que se ha incurrido en un manifiesto error en la apreciación de los hechos, al entender que, el citado proyecto, tenía como objeto la construcción de un nuevo aparthotel, pues ha quedado acreditado, tras un pormenorizado examen de las pruebas, que se trata de la construcción de un hotel de cinco estrellas.



CONSUMIDORES Y USUARIOS

Reclamación por retrasos y cancelaciones de vuelos por huelgas de personal de la aerolínea

Ref. EDE: 2018/39941, STJUE Sala 3ª de 17 abril 2018, C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 y C-290/17 a C-292/17

RESUMEN: Reclamación por retrasos y cancelaciones de vuelos por huelgas de personal de la aerolínea. No constituyen circunstancia extraordinaria. El TJUE ha declarado que los retrasos y cancelaciones de vuelos por huelgas de personal de la aerolínea se pueden reclamar. La ausencia espontánea de una parte importante del personal de navegación de una aerolínea no constituye una “circunstancia extraordinaria” que les exima de indemnizar a los pasajeros afectados (FJ 29-49).

ITER PROCESAL: Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del Reglamento del Parlamento Europeo del art. 5.3, del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91 (DO 2004, L 46, p. 1). Estas peticiones se han presentado en el contexto de una serie de litigios entre diversos pasajeros y un transportista aéreo, en relación con la negativa de este último a indemnizar a aquellos por el gran retraso o la cancelación que sufrieron sus vuelos.

Condiciones generales para la contratación. Banca. Cláusulas abusivas.

Ref. EDE 2018/19897, STS Sala 1ª de 15 marzo 2018, rec. 1211/2017, Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Consumidores. Condiciones generales de la contratación. Banca. Cláusulas abusivas. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Sujeto pasivo. ITP y AJD. El TS declara que es nula, por abusiva, la cláusula que atribuye, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos de dicho contrato al prestatario. En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados establece que respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del ITP y AJD es el prestatario. Con relación al pago del IAJD, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. Respecto al derecho de cuota fija, por los AJD del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. Establece que las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad AJD que grava los documentos notariales (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó parcialmente la demanda interpuesta por un cliente contra una entidad bancaria por abusividad y falta de transparencia. En segunda instancia se estima parcialmente el recurso de apelación declarando nulo parte del contrato de préstamo, debiendo indemnizar el banco a la demandante. El TS estima parcialmente el recurso de casación en lo que respecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

MARCAS

Propiedad intelectual

Ref. EDE: 2018/92450, STJUE Gran Sala de 12 junio 2018, nº C-163/2016

RESUMEN: Propiedad intelectual. El TJUE avala como marca el color rojo en las suelas de los zapatos Louboutin. El TJUE ha respaldado el registro como marca europea del color rojo en las suelas que distingue los zapatos de la firma de lujo Louboutin, que había recurrido a la justicia para prohibir el uso de este distintivo por parte de un vendedor holandés. No cabe considerar que un signo, como el controvertido en el litigio principal, esté constituido “exclusivamente” por la forma cuando, como ocurre en el presente asunto, su objeto principal es un color precisado mediante un código de identificación internacionalmente reconocido (FJ 19-27).

ITER PROCESAL: Se plantea una petición de decisión prejudicial por el Tribunal de Primera Instancia de la Haya, Países Bajos en el procedimiento entre dos mercantiles fabricantes de calzado que tiene por objeto la interpretación del art. 3.1, letra e), inciso iii), de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. La Sala da la razón al demandante al respaldar el registro como marca distintiva de un color.

Propiedad industrial. Aplicación de la Ley de Marcas española en acción reivindicatoria de marca comunitaria

Ref. EDE 2018/7408, STS Sala 1ª de 14 febrero 2018, rec. 484/2014, Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Acción reivindicatoria sobre marca comunitaria. Aplicación de la Ley de Marcas española. El TS permite, previo planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE, reivindicar una marca comunitaria aplicando la Ley de Marcas española. Salvo en el supuesto de registro no consentido por parte del agente o representante, no hay obstáculo para aplicar una norma nacional como el art. 2.2 Ley de Marcas española, por el que una persona perjudicada por el registro de una marca solicitado con fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual puede reivindicar la propiedad de dicha marca (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba la titularidad de la marca comunitaria. En segunda instancia se estima en parte el recurso de apelación admitiendo la titularidad de la marca comunitaria. El TS desestima el recurso de casación confirmando el pronunciamiento de segunda instancia.

MATRIMONIO

Capacidad de obrar. Nulidad por incapacidad del otorgante

Ref. EDE 2018/20677, STS Sala 1ª de 15 marzo 2018, rec. 3487/2016, Ponente: Dª María de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Matrimonio. Capacidad de obrar. Nulidad por incapacidad del otorgante. El TS considera que a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad, siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. La discapacidad intelectual, per se, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. No ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial (FJ 3 y 4). Se formula voto particular.

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda de nulidad matrimonial interpuesta por las hijas declarando nulo el matrimonio por invalidez del consentimiento de su padre. En segunda instancia se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la esposa. El TS estima el recurso de casación de la esposa al no haber quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad.

Pactos prematrimoniales válidos, acordes con el orden público

Ref. EDE 2018/89390, STS Sala 1ª de 30 mayo 2018, rec. 1933/2017, Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Pactos prematrimoniales. Validez. Entiende el TS que los pactos prematrimoniales no son contrarios al orden público y que con ellos ha quedado preservada la igualdad, libertad y dignidad de la esposa. Lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones (FJ 7).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó parcialmente la demanda y acordó la disolución del matrimonio y la fijación de pensión compensatoria para la mujer. En segunda instancia se estimó el recurso y rechaza la pensión compensatoria. El TS desestima el recurso de casación.

Modificación medidas matrimoniales. Imposibilidad de traslado de residencia al extranjero de progenitor custodio

Ref. EDE 2018/511662, STS Sala 1ª de 27 junio 2018, rec. 2433/2017, Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

RESUMEN: Modificación de medidas: traslado de residencia y cambio de custodia. Protección del interés del menor. El TS deniega el cambio de residencia al extranjero de un progenitor custodio con hijos menores cuando se acredita con informes periciales que resulta inadecuado para los hijos por todos los cambios que conlleva y por el deterioro que sufriría la relación paterno-filial. Solo puede ser autorizado judicialmente el traslado al extranjero del progenitor cus-

todio únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se pedía por el progenitor autorización para el cambio de residencia al extranjero conservando la custodia. La Audiencia confirmó el pronunciamiento de instancia y desestimó el recurso de apelación. El TS desestima el recurso de casación en interés del menor.

SUCESIONES

Albacea-contador: actuaciones; partición hereditaria: previa liquidación sociedad de gananciales.

Ref. EDE 2018/54812, STS Sala 1ª de 25 abril 2018, rec. 2767/2015, Ponente: Dª María de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Sucesión. Albacea-contador: actuaciones; partición hereditaria: previa liquidación sociedad de gananciales. Legitimación activa contra la partición: doctrina de los actos propios. El TS determina que cuando la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la sociedad es un acto previo y necesario para fijar el haber partible, y la falta de la misma puede suponer, en la mayoría de los casos, la nulidad de la partición. El TS manifiesta los diferentes supuestos en los que se considera válida la liquidación extrajudicial de la sociedad teniendo en cuenta la concurrencia de consentimientos y designaciones, y, en atención a ello, no aprecia la legitimidad activa para el ejercicio de la acción en contra de la partición, cuando se aprecia una renuncia a dicho derecho en aplicación de la doctrina de los actos propios (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de petición de nulidad de cláusulas testamentarias. En segunda instancia se desestimó, igualmente, el recurso de apelación. El TS desestimó el recurso de casación confirmando la sentencia recurrida.

Impuesto de sucesiones

Ref. EDE 2018/26735, STS Sala 3ª de 21 marzo 2018, rec. 132/2017, Ponente: D. Ángel Aguallo Avilés

RESUMEN: Impuesto sobre sucesiones. Reducción. El TS considera que no existe contradicción entre las sentencias enfrentadas, por lo que se confirma la sentencia que denegó la reducción de la base del impuesto respecto del negocio de alquiler, al no realizarse dicha actividad de manera personal, habitual y directa (FJ 2)

ITER PROCESAL: El TSJ desestima el recurso contra la resolución del TEAR que estimó en parte una reclamación económico-administrativa, anulando el acto impugnado y debiendo hacer una nueva comprobación de valores. El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina confirmando la sentencia.

Incumplimiento de condición testamentaria suspensiva de cuidado del causante

Ref. EDE 2018/87640, STS Sala 1ª Pleno de 30 mayo 2018, rec. 3049/2015, Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Sucesiones. Institución de heredero: sometimiento a condición testamentaria suspensiva de cuidado. Diferencia con carga modal. El Pleno del TS establece que la obligación impuesta



a un heredero en testamento, de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento, merece la calificación de condición suspensiva de carácter potestativo. El incumplimiento de tal condición impide la adquisición del derecho testamentario, porque refleja la voluntad querida y manifestada por el testador, correspondiéndose con la declaración formal del testamento (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de nulidad testamentaria. La Audiencia estimó el recurso de apelación acordando la ineficacia de la institución hereditaria a favor de la demandada. El Pleno del TS desestima el recurso de casación.

Impuesto sobre sucesiones. Hecho imponible Herederos transmisarios se ha de producir una sola transmisión y no una doble

Ref. EDE: 2018/98209, STS Sala 3ª, Sec. 2ª de 5 junio 2018, rec. 1358/2017, Ponente: D. Francisco José Navarro Sanchís

RESUMEN: Impuesto sobre sucesiones. Hecho imponible. El TS declara que fallecido el heredero, habiendo otorgado testamento ante notario, sin aceptar la herencia de su causante y transmitido a los suyos el derecho a hacerlo, al aceptar estos últimos la herencia de su causante, que falleció sin aceptar la del suyo, se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto. Los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente. Tal afirmación es válida para las sucesiones “mortis causa” regidas, en el Derecho común, por el Código Civil, así como aquellas otras que se mencionan, en comunidades que reconozcan en su derecho civil común o especial el “ius transmissionis”, de forma semejante, las que no hacen al caso en este recurso de casación (FJ 4).

ITER PROCESAL: Confirma, el TS, la anulación decretada por TSJ de Asturias de la resolución del TEAC y la liquidación por Impuesto sobre Sucesiones allí recurrida, que fue confirmada en virtud de recurso de reposición. Habiendo fallecido el causante y posteriormente su heredero, sin que éste hubiese aceptado ni repudiado la herencia, siendo que los herederos (transmisarios) de este último sí han aceptado, se ha de producir una sola transmisión y no una doble.

Incapacidad para suceder por indignidad

Ref. EDE 2018/51199, STS Sala 1ª de 23 abril 2018, rec. 2056/2016, Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Incapacidad por indignidad de un padre para heredar a su hijo enfermo. Al darse abandono grave y absoluto. El TS confirma la incapacidad por causa de indignidad de un padre para heredar a su hijo enfermo al haberse acreditado el abandono grave y absoluto del menor por parte del progenitor, que, además, incumplió sus obligaciones de pasar pensión de alimentos mientras estaba con vida. La reprochabilidad de esta conducta paterna tiene la entidad suficiente para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor (FJ 5).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestima la demanda de incapacidad para suceder por indignidad. La Audiencia estima el recurso de apelación y declara la incapacidad por indignidad para suceder el padre al hijo fallecido. El TS desestima el recurso de casación.

COMPRAVENTA

Resolución por incumplimiento del vendedor. Entrega de inmuebles.

Ref. EDE 2018/54806, STS Sala 1ª de 25 abril 2018, rec. 772/2015, Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento del vendedor. Entrega de inmuebles. Garantía de entregas a cuenta. Obligaciones de información del vendedor. Arras. El TS considera que, respecto a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, esto es, que origine la frustración del fin del contrato y se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. Que el plazo de entrega es esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, lo acreditan las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y los anexos en la fecha prevista en contrato, no pudiéndose trasladar al comprador por el vendedor profesional las dificultades urbanísticas que surjan y paralicen la obra (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: El juzgado desestimó la demanda que pidió la resolución de dos contratos de compraventa de inmueble y estimó la demanda reconvenzional que solicitaba se otorgue escritura pública, al entender que el retraso en la entrega de los inmuebles y la falta de entrega de avales no tienen entidad suficiente como para dar lugar a la resolución de los contratos. En segunda instancia se desestimó el recurso de apelación. El TS estima el recurso de casación entendiendo que cabe la resolución de los contratos, ya que el plazo de entrega es un elemento esencial en los contratos de compraventa de inmueble.

Compraventa inmobiliaria. Exclusión del régimen de garantías anticipadas en compra destinada a la inversión

Ref. EDE 2018/26548, STS Sala 1ª de 21 marzo 2018, rec. 2903/2015, Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Promoción inmobiliaria. Garantía de cantidades anticipadas. Exclusión del régimen. La Sala del TS entiende que la empresa compradora de diversos inmuebles está excluida de la normativa protectora que obliga a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en caso de que las viviendas no sean entregadas. Resulta irrelevante que se haya pactado en la compraventa la constitución de garantías cuando se trata de una compra destinada a la inversión (FJ 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de la compradora reclamando las cantidades anticipadas en la compra de los inmuebles. La Audiencia confirmó el pronunciamiento de instancia y desestimó el recurso de apelación. El TS desestima el recurso de casación.

EXPROPIACIÓN

Justiprecio. Suelo rural. Valoraciones

Ref. EDE 2018/14590, STS Sala 3ª de 1 marzo 2018, rec. 1843/2016, Ponente: César Tolosa Tribiño

RESUMEN: Justiprecio. Suelo rural. Valoraciones. El TS declara que tratándose de terrenos rústicos, los suelos expropiados se tasan



Sentencias

mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración, mientras que la renta potencial se calcula atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción (FJ 7).

ITER PROCESAL: El TSJ desestima los recursos acumulados contra acuerdos de expropiación. El TS ha lugar al recurso de casación variando el justiprecio fijado en la expropiación forzosa.

APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES

Condición de consumidor en el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico

Ref. EDE 2018/80881, STS Sala 1ª de 24 mayo 2018, rec. 3177/2016, Ponente: D. Antonio Salas Carceller

RESUMEN: Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Consumidores. Duración del contrato. Nulidad de contrato. El TS manifiesta que la jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. En la Ley de consumidores y usuarios se distingue entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. Si no se cumplen los requisitos mínimos de validez exigidos por la Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, en concreto sobre la duración del contrato, se impone la declaración de nulidad del contrato suscrito (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba la nulidad o resolución contractual. En segunda instancia se confirma por la Audiencia el pronunciamiento de la anterior instancia. El TS casa la sentencia recurrida y declara la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico.

VICIOS EN LA CONSTRUCCIÓN

Responsabilidad solidaria de constructora y promotora en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

Ref. EDE 2018/3690, STS Sala 1ª de 30 enero 2018, rec. 2265/2015, Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

RESUMEN: Responsabilidad civil por vicios en la construcción. Doctrina del levantamiento del velo. El TS confirma la responsabilidad civil solidaria por vicios en la construcción de la constructora. En aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas debe soportar las mismas acciones que tiene frente a la sociedad promotora de la edificación. La con-

fusión societaria hace que deban responder solidariamente no solo en atención a las acciones de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación, sino igualmente de las acciones derivadas de las responsabilidades contractuales contraídas con los compradores y afecta asimismo a la prescripción y plazos de caducidad (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda de la comunidad de propietarios accediendo a la condena de promotora y constructora por vicios en la construcción. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación manteniendo la condena de las demandadas. El TS desestima el recurso de casación de la constructora.

CONTRATO DE ABANDERAMIENTO

Ineficacia sobrevenida de cláusula afecta a todo el entramado contractual

Ref. EDE 2018/18335, STS Sala 1ª de 8 marzo 2018, rec. 923/2014, Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Nulidad de relación contractual compleja del contrato de abanderamiento. Contraria al Derecho comunitario de defensa de la competencia. El TS, tras plantear cuestión prejudicial al TJUE, establece la nulidad de la relación contractual del contrato de abanderamiento y abastecimiento en exclusiva entre una estación de servicio y una empresa petrolera. La ineficacia sobrevenida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro no puede determinar únicamente la nulidad de dicha cláusula, sino que afecta a todo el entramado contractual (FJ 8).

ITER PROCESAL: El Juzgado estima parcialmente la demanda y rechaza la nulidad contractual instada. En segunda instancia se estimó el recurso de apelación y se acuerda desestimar totalmente la demanda interpuesta. El TS estima el recurso de casación y declara la nulidad del contrato de abanderamiento.

ALIMENTOS

Extinción de pensión alimenticia a hija que sigue estudiando

Ref. EDE 2018/80890, STS Sala 1ª de 24 mayo 2018, rec. 2845/2015, Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

RESUMEN: Extinción de alimentos a hija de 30 años que sigue estudiando. Capacidad económica del padre. El TS extingue la pensión de alimentos a una hija de 30 años que sigue estudiando con escaso aprovechamiento. Respecto a los hijos mayores de edad, los alimentos son proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó en parte la demanda y sólo redujo la pensión alimenticia de la hija. La Audiencia desestimó el recurso de apelación. El TS estima el recurso de casación y acuerda la extinción de la pensión alimenticia.



TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

Preferencia crediticia referida a la fecha de concreción del saldo exigible

Ref. EDE 2018/29946, STS Sala 1ª de 23 marzo 2018, rec. 3015/2015, Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Tercería de mejor derecho. Embargo de bienes. Póliza de préstamo. Póliza de crédito. Preferencia crediticia en la ejecución. El TS manifiesta que cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en ese supuesto, para resolver la preferencia, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza. Cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cuál es la oportuna liquidación y fijación del saldo, la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de tercería de mejor derecho. La Audiencia estimó el recurso de apelación y reconoció el mejor derecho de la actora sobre los bienes embargados. El TS desestima el recurso de casación, confirmando el mejor derecho del demandante.

CONTRATOS BANCARIOS

Nulidad contractual por vicio en el consentimiento derivado de la falta de información

Ref. EDE 2018/29947, STS, Sala 1ª de 21 marzo 2018, rec. 2671/2015, Ponente: Dª María de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Contratos bancarios. Contrato de producto estructurado. Nulidad de contrato por vicio del consentimiento. Falta de información del producto y sus riesgos. Restitución de cantidades invertidas. El TS manifiesta que no existe consentimiento contractual por parte de un particular respecto de un producto bancario a una oferta concreta de contrato, si con el "ok" al correo de una empleada de la entidad bancaria simplemente hay voluntad de continuar negociando la reestructuración y si existe una negativa reiterada del cliente a firmar el documento contractual que con posterioridad a los correos le envió la entidad bancaria (FJ 3). Por otra parte, concluye que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se reclamaba la nulidad del producto estructurado. La Audiencia desestimó el recurso de apelación. El TS estima el recurso de casación acordando la nulidad contractual por falta de consentimiento.

NOTARIOS

Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Moderación de los aranceles notariales y registrales en operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras.

Ref. EDE: 2018/91011, STS Sala 3ª de 4 junio 2018, rec. 1721/2017, Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Aranceles. Honorarios. El TS manifiesta que la moderación de los aranceles notariales y registrales, como medida de apoyo a la realización de determinadas operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras, no es una modificación general y permanente de los preceptos reglamentarios sobre tales aranceles. Dicha reducción de aranceles no se aplica en los supuestos ordinarios en que la subrogación, novación y cancelación de créditos se hace fuera de un contexto de saneamiento y reestructuración de una entidad de crédito (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: Desestima, el TS, el recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid que resolvió el recurso formulado contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se desestimó el recurso de apelación de honorarios, contra la resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, desestimatoria del recurso de honorarios interpuesto contra una factura, girada por determinado Registro de la Propiedad. Confirma la declaración de instancia respecto al derecho a que se proceda a emitir una nueva factura, con los descuentos o reducciones que resultaran aplicables.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Honorarios notariales. Asientos por las operaciones hipotecarias contenidas en la escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario

Ref. EDE: 2018/81532, STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7ª de 12 marzo 2018, rec. 466/2016, Ponente: D. José Félix Martín Corredera

RESUMEN: Reestructuración o saneamiento de entidades de crédito. Registradores. De la propiedad. Aranceles. El TSJ declara que la normativa de aplicación pierde su sentido si se extrae de su contexto, que es precisamente el de una reestructuración o saneamiento de entidades de crédito que da lugar a la realización de muchas operaciones que deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad y que, por lo tanto, no deben aplicarse en los supuestos ordinarios en que la subrogación, novación y cancelación de créditos se hace fuera de un contexto de saneamiento y reestructuración de una entidad de crédito, como era el caso a que se contraen las resoluciones objeto del presente proceso en el que no nos encontramos, ninguna de las partes llega a siquiera sugerir lo contrario, ante operación alguna directa o indirectamente vinculada con ninguna reestructuración o saneamiento de entidades de crédito (FJ 2).

ITER PROCESAL: Estima, el TSJ, recurso contencioso administrativo interpuesto, contra la resolución de la Dirección General de los



Sentencias

Registros y del Notariado, por la que se desestimó el recurso de apelación de honorarios notariales, formulado por la recurrente frente a la resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, desestimatoria del recurso de honorarios promovido en desacuerdo con determinada minuta, girada por el Registro de la Propiedad. Anula las resoluciones recurridas y la minuta girada y, en su lugar declara el derecho de la actora a que se emita una nueva factura. La minutación se refería a algunos asientos por operaciones hipotecarias contenidas en escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario otorgada ante el notario.

Legalidad del RD por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Ref. EDE: 2018/81216, STS Sala 3ª de 25 mayo 2018, rec. 379/2017, Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

RESUMEN: Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Demarcación. Normativa reglamentaria. El TS establece que la regulación de los arts. 4 y 5, la disp. adic. 2ª, la disp. trans. 1ª, las disp. finales 2ª y 3ª y los anexos del RD 195/2017, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, no es arbitraria, no infringe el principio de igualdad, ni incurre en desviación de poder y encuentra su motivación en factores objetivos de las carencias y necesidades de la demarcación registral (FJ 5).

ITER PROCESAL: Desestima, el TS, la impugnación parcial del RD 195/2017, de 3 de marzo, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Concretamente los arts. 4 y 5, la disp. adic. 2ª, la disp. trans. 1ª, las disp. finales 2ª y 3ª y los anexos a que se refieren dichos preceptos.

DOMINIO PÚBLICO

Dominio público marítimo terrestre. Deslinde. Acta notarial

Ref. EDE: 2018/76587, SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª de 30 abril 2018, rec. 64/2017, Ponente: D. Lourdes Sanz Calvo

RESUMEN: Dominio público marítimo terrestre. Deslinde. La AN considera que no se ha justificado por la Administración que los terrenos en el tramo examinados reúnan las características previstas legalmente para atribuir la naturaleza de ribera del mar, sin que ello conlleve como pretende la actora que el deslinde deba trazarse por la base del muro, sino dejar sin efecto el deslinde en el tramo impugnado, al objeto de que la Administración pueda practicar un nuevo deslinde (FJ 3).

ITER PROCESAL: Estima parcialmente, la AN, el recurso interpuesto, frente a la Orden de la Directora General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, dictada por delegación de la Ministra de Agricultura, Alimentación, y Medio Ambiente, aprobatoria del deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre de determinado tramo de costa, resolución que se anula por no ser conforme a derecho en uno de los tramos que comprende. Obra, en el informe pericial, acta notarial en la que consta que personado el Notario comprueba que, a determinada hora, el agua de mar no llega al muro de piedra que delimita la finca.

TRIBUTOS

Tributos. Responsabilidad solidaria respecto de las deudas tributarias de la entidad transmitente

Ref. EDE: 2018/95918, SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7ª de 31 mayo 2018, rec. 213/2017, Ponente: D. Javier Eugenio López Candela

RESUMEN: Tributos. Responsabilidad Solidaria. La AN establece que no concurren indicios suficientes para considerar que la actora debía saber que el ingreso del IVA no tendría lugar o que la Agencia Tributaria debía saberlo, lo que pudo haberse solventado recabando información suficiente sobre dicha operación a la empresa transmitente de dichos bienes (FJ 3). No ha tenido lugar ni ingreso ni deducción de IVA alguno, como tampoco ha habido constancia de que haya habido acuerdo de la recurrente con el transmitente para dejar de ingresar el IVA. Por ello, no cabe imputar dicha responsabilidad solidaria a la actora, que legítimamente estuvo esperando durante un año la repercusión del IVA (FJ 4).

ITER PROCESAL: Estima, la AN, el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central a la que se contrae el presente recurso, la cual anula por no ser conforme a derecho, así como el acuerdo que confirmaba de la Dependencia Regional de Gestión Tributaria que declara la responsabilidad solidaria de la actora. Anula así el acuerdo sobre responsabilidad solidaria de la actora respecto de las deudas tributarias de la entidad transmitente.

IRPF. Gastos deducibles para la actividad de notario

Ref. EDE: 2018/90700, STSJ Comunidad Valenciana de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 3ª de 31 mayo 2018, rec. 574/2014, Ponente: D. María Jesús Oliveros Rosselló

RESUMEN: IRPF. Gastos deducibles. El TSJ declara que en la liquidación del IRPF la deducibilidad de los gastos está condicionada por el principio de correlación con los ingresos. Debe acreditarse que los gastos se han ocasionado en el ejercicio de la actividad, en este caso de notario, y están relacionados con la obtención de ingresos, teniendo el contribuyente la carga de la prueba. En el caso de la deducción como gasto de la compra de un vehículo, debe calificarse como elemento patrimonial afecto a la actividad económica desarrollada y de forma exclusiva (FJ 4).

ITER PROCESAL: Estima parcialmente, el TSJ, el recurso interpuesto contra la resolución, del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana, parcialmente estimatoria de la reclamación económico administrativa interpuesta contra determinada liquidación provisional IRPF, formulada por el actor contra la sanción derivada de ésta. Anula parcialmente la resolución del TEAR, anulando asimismo parcialmente el acuerdo de liquidación y totalmente el acuerdo sancionador.

Impuesto sobre Sociedades. El derecho a comprobar e investigar no prescribe

Ref. EDE: 2018/46997, SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª de 8 marzo 2018, rec. 310/2015, Ponente: D. Sandra González de Lara Mingo

RESUMEN: Tributos. IS. La AN establece que el derecho a comprobar e investigar no prescribe, pudiendo la Administración usar



dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos (FJ 5). Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de "igualdad fuera de la ley", "igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra la ley" (FJ 5). La calificación de los préstamos como simulados es que los gastos por intereses financieros contabilizados por el obligado tributario no puedan ser considerados como fiscalmente deducibles ya que al haberse calificado los contratos en cuestión como auténticas aportaciones al capital tienen la condición de retribución de los fondos propios (FJ 7). Debe apreciarse la existencia de ocultación y calificar la conducta como infracción tributaria grave, puesto que, en el caso de simulación no resulta posible hablar de interpretación razonable de la norma, porque lo que se pretende con ella es eludir la aplicación de la norma, no interpretarla (FJ 11).

ITER PROCESAL: Desestima, la AN, recurso interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra un acuerdo de liquidación por el Impuesto sobre Sociedades (régimen de declaración consolidada) y otro de imposición de sanción derivada de la anterior liquidación. Confirma dichas resoluciones por ser ajustadas al ordenamiento jurídico.

ITP. Comprobación de valores. Adquisición, en escritura pública de compraventa, de una vivienda

Ref. EDE: 2018/98211, STS Sala 3ª, Sec. 2ª de 23 mayo 2018, rec. 1880/2017, Ponente: D. Francisco José Navarro Sanchís

RESUMEN: ITP. Comprobación de valores. El TS declara que el método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complementa con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo. No dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no. Se exige que la Administración exprese motivadamente las razones por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multi-

plica el valor catastral. El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia (FJ 6). Se formula voto particular.

ITER PROCESAL: No ha lugar, el TS, a la impugnación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que estimó el recurso interpuesto contra la resolución del TEAR, que había desestimado la reclamación deducida contra la resolución, de la Consejería de Economía y Hacienda de Castilla-La Mancha, sobre liquidación provisional derivada de expediente de comprobación de valores por el ITP y AJD, fijando una cuota diferencial, derivada del valor comprobado frente al declarado en relación con la adquisición, en escritura pública de compraventa, de una vivienda y sus anejos.

LICENCIA ADMINISTRATIVA

Inexistente falta de legitimación activa e interés legítimo. Derecho, autorizado por el Notario, a participar en un porcentaje de beneficios. Parques eólicos. Autorización administrativa.

Ref. EDE: 2018/89645, STS Sala 3ª, Sec. 3ª de 1 junio 2018, rec. 1056/2016, Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde

RESUMEN: Sector eléctrico. Parques eólicos. Autorización administrativa. Inadmisibilidad de recurso contencioso. El TS considera que en los casos en los que la parte demandante se ha defendido de la causa de inadmisión por la no acreditación del acuerdo societario para recurrir, si el Tribunal considera que el defecto señalado persiste debe requerir a la parte para que lo subsane dentro del plazo previsto en la LJCA. Dicho defecto es subsanable y el Tribunal de instancia debe entrar a valorar el documento presentado en el trámite de conclusiones, siendo indiferente que el acuerdo aportado lleve fecha posterior a la interposición (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: Anula, el TS, la sentencia de instancia que declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra resolución, dictada por la Consejería de Economía e Industria, desestimatoria del recurso de alzada contra la resolución por la que se publicó la resolución de solicitudes de otorgamiento de autorizaciones administrativas de instalación de parques eólicos. Ordena la retroacción de actuaciones para que, el TSJ, vuelva a dictar sentencia sin declarar la inadmisibilidad del recurso, dado que no existe falta de legitimación activa del litigante, ni de interés legítimo, pues la recurrente recibió en pago de una deuda el derecho, autorizado ante Notario, a participar en un porcentaje de beneficios.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

CENSOS

Se declara la legitimación activa para pedir la redención a los censatarios cuya propiedad fue expropiada sin haber advertido la existencia del censo. *Obiter dicta*, se aclara la aplicación de la DF, ap. 3º, de la Ley 6/2015, a partir del plazo de 10 años desde su entrada en vigor.

SENTENCIA 56/2017, de 20 de noviembre (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

RESUMEN.- Habiendo sido expropiada en 2012 por el Ayuntamiento de Barcelona una finca gravada con un censo enfiteútico, constituido en 1854, se advierte la existencia de éste con posterioridad a la expropiación. Los que eran censatarios antes de la expropiación interponen demanda contra los censuistas pidiendo la redención del censo, pretensión que es estimada en primera y segunda instancia a cambio del pago del precio de la redención. Los censuistas interponen recurso de casación alegando que los actores no ostentan legitimación activa para solicitar la redención del censo, ya que: a) han perdido la condición de propietarios tras la expropiación forzosa; b) no están al corriente en el pago de las pensiones vencidas; c) no han consignado el laudemio de la transmisión. También alegan la aplicación indebida del art. 565-11.3 CCCat y de la DF (ap. 3) de la Ley 6/2015, de 13 de mayo.

En relación con la falta de legitimación activa, el TSJC dispone que la expropiación forzosa de la total finca comporta la extinción del censo, en base al art. 10, 1º a) de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos, al art. 565-11.3 CCCat (no aplicable a la litis) y a la doctrina anterior a la ley de 1990. Por lo tanto, al producirse la expropiación parte de la indemnización debía ser destinada al pago de la redención; y los censatarios no han perdido la legitimación activa teniendo en cuenta la circunstancia de que en el procedimiento expropiatorio fue omitido el censo. Este hecho les legitima igualmente pese a no estar al corriente en el pago de las pensiones. Tampoco puede alegarse el que los censatarios no hubieran satisfecho el laudemio cuando adquirieron la propiedad de la finca, ya que no correspondía a ellos pagar el laudemio derivado de dicha transmisión sino al enajenante, en base al privilegio concedido a la ciudad de Barcelona por Pedro II en 1285.

Según se desprende de la sentencia, la Audiencia citaba la Disposición Final, apartado 3, de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del CCCat, para fundamentar la falta de legitimación activa de los censatarios. Dicha DF establece que el art. 565-11.1 c) se aplica a todos los censos, cualquiera que sea la fecha de su constitución. Y el art. 565-11.1 c) dispone que el censo se extingue por la falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años. El TSJC entiende que el plazo de 10 años deberá computarse a partir de la entrada en vigor de la Ley 6/2015, por lo que no es aplicable todavía, si bien no afecta a la legitimación activa de los censatarios, pues esta ya se ha declarado en base a la excepcionalidad del caso sometido a enjuiciamiento y a que simultáneamente con la expropiación se produjo la extinción del censo.

COMENTARIO.- De esta sentencia me gustaría destacar, por su relevancia práctica, la referencia relativa al art. 565-11. C) en base a la DF de la Ley 6/2015. El TSJC, aunque sea *obiter dicta*, aclara por primera vez las dudas suscitadas en torno a la interpretación de dicha disposición, en el sentido de que el plazo de 10 años se aplica a partir de su entrada en vigor. Por lo tanto, el 20 de junio de 2025 todos los censos, de cualquier fecha que sean, respecto de los que no se haya pagado ninguna pensión ni ningún laudemio en los 10 años anteriores, se extinguirán; si bien, para cancelar registralmente el censo, la prescripción no podrá ser apreciada por el registrador sino que deberá ser declarada judicialmente.

DESHEREDACIÓN

En la desheredación por falta de relación familiar deben tenerse en cuenta no sólo los hechos anteriores a la desheredación sino también los posteriores. El hecho de que las legitimarias fueran recepticias a la voluntad reconciliadora del causante, excluye que la falta de relación les sea imputable.

SENTENCIA 2/2018, de 8 de enero (Ponente: Jordi Seguí Puntas)

RESUMEN.- El causante, fallecido en 2013, desheredó a sus hijas en un testamento otorgado un año antes de su defunción por la cau-



sa señalada con la letra e) del art. 451-17 CCCat, esto es, por ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, por causa exclusivamente imputable a éste. Se declara probada la falta de relación desde el año 1983, fecha en que tuvo lugar el divorcio del causante con la madre de las hijas, que quedaron bajo la custodia de la madre por ser menores de edad en dicho momento. En el año 2011, el padre se puso en contacto con las hijas vía Facebook, llegando a mantener largas llamadas telefónicas en 2013 (pues no vivían en la misma ciudad, una de las hijas lo hacía en París) e incluso un encuentro presencial en que las hijas visitaron a su padre, ya enfermo, también en el año 2013.

Las hijas piden la nulidad de la desheredación, petición que es reconocida por las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, subrayando en particular la de apelación: a) que la continuada falta de relación entre los años 1983 y 2011 es un hecho no controvertido y no imputable a las hijas dada la «posición preeminente del padre» en dicho período, durante el cual el progenitor no custodio sería el responsable de propiciar un acercamiento personal a ellas; y b) que el intento de reencuentro que se dio a partir de 2011, no cuajó en una relación normalizada debido a los muchos años de distanciamiento, sin que conste un rechazo explícito al restablecimiento de relaciones con el padre por parte de las hijas, ni una profunda desavenencia entre ellos, razones por las que no procede hacerlas responsables exclusivas de este fracaso.

El recurso de casación, que es desestimado por el TSJC, se basa fundamentalmente en dos motivos: en que la sentencia de apelación valora diversos hechos (las llamadas telefónicas y el encuentro presencial) ocurridos con posterioridad a la fecha del testamento, entendiendo que la causa de desheredación tiene que existir en dicha fecha, con independencia de lo que suceda con posterioridad; y en que la falta de relación familiar fue imputable exclusivamente a las hijas.

En relación con la primera cuestión, el tribunal indica que «es natural que la causa hecha valer por un testador o heredante inexcusablemente tenga que existir en el momento en que se formaliza la desheredación, puesto que en caso contrario nos encontraríamos ante una declaración de voluntad ineficaz, por falta de fundamento. Ahora bien, esta conclusión es perfectamente compatible con el hecho de que el comportamiento posterior del propio causante o del legitimario desheredado pueda ser tomado en consideración, no ya solamente con la finalidad de probar una eventual reconciliación o perdón, que pueden ser anteriores o posteriores a la desheredación [...], sino principalmente [...] a los efectos de probar la existencia o no de relación familiar en el momento de la desheredación». Para el TSJC la «fecha clave» para verificar la concurrencia de la causa es la del día del otorgamiento del testamento, pero «la conducta llevada a cabo por las legitimarias en relación con su padre después de aquella fecha (comunicaciones telefónicas y visita personal) también tiene que ser valorada como muestra de un supuesto restablecimiento de relaciones que haría la función de reconciliación por medio de actos de indudable significación a que alude el artículo 451-19.1 CCCat, o al menos como evidencia de la disposición de las propias hijas a este restablecimiento» (FD 4º). En consecuencia, deben tenerse en cuenta los hechos posteriores al otorgamiento del testamento, que en el presente caso son sumamente reveladores de la evolución de las relaciones entre el testador y las legitimarias.

El segundo motivo de casación lleva a considerar si la ausencia de relación familiar fue debida a causa imputable exclusivamente a las legitimarias. El TSJC examina de manera extensa este motivo, comenzando por un repaso a la evolución de la figura de la desheredación

en la jurisprudencia reciente del TSJC e incluso del TS, que culmina con el examen de la causa de desheredación objeto de la presente sentencia, que fue introducida por la Ley 10/2018, resaltando su valor como reflejo del fundamento familiar de la legítima y del sentido elemental de justicia subyacente. Y añade: «en otras palabras, si la desheredación tradicional consiste en la sanción impuesta al legitimario que realiza un comportamiento contrario a los deberes familiares básicos (denegación de alimentos, maltrato grave de obra, incumplimientos de los deberes de la potestad parental), con la nueva causa de desheredación el legislador da un paso adelante consciente de que el modelo familiar actual pone más énfasis en los vínculos afectivos que en el estricto parentesco, y considera causa justificada de pérdida de la legítima la ruptura afectiva entre el causante y el legitimario manifestada simplemente a través de la “ausencia manifiesta y continuada de relación familiar” entre ellos, siempre sin embargo que dicha ausencia sea exclusivamente imputable al legitimario» (FD 5.3).

En relación con dicha imputabilidad, la heredera recurrente la atribuye a las hijas debido, no ya a que les fuera imputable el distanciamiento con su padre, sino a que rechazaran sus intentos de acercamiento. El tribunal accede a «compartir en abstracto el punto de partida de este razonamiento, es decir, que en el caso de una prolongada ausencia de relación entre el progenitor y su hijo a consecuencia del simple enfriamiento de su vínculo afectivo, si cualquiera de ellos intenta con actos de indudable significación el restablecimiento de la relación y se encuentra con la pertinaz e injustificada negativa del otro, este último comportamiento puede considerarse suficiente para apreciar la causa de desheredación del artículo 451-17.2,c) CCCat, puesto que hace imposible y por una causa sólo a él imputable la recuperación de la normalidad familiar» (FD 5.4). Pero no comparte que en el caso en cuestión se haya producido esta situación, en base a los hechos referidos.

COMENTARIO.- Diversas cuestiones son destacables de esta sentencia, que considero bien argumentada. En primer lugar, que se trata de la primera sentencia del TSJC en relación con la falta de relación familiar como causa de desheredación, causa cuya introducción en el CCCat en 2008 supuso una innovación importante en la institución de la legítima, pues, como señala el tribunal con gran acierto a mi juicio, supone incorporar a la legítima un fundamento basado en el actual concepto de familia, como grupo de personas cuya cohesión se basa más en el afecto que en la relación de parentesco. Para constatar la existencia de una relación familiar no basta con cumplir determinados deberes básicos de consideración a los progenitores, sino que es precisa la concurrencia de un elemento emocional, basado en la relación afectiva de los hijos respecto de los padres. Nótese que el legislador no ha considerado suficiente para ello que causante y legitimarios mantengan relación entre ellos, sino que además exige que dicha relación tenga el carácter de familiar, lo que incluye un aspecto afectivo que es remarcado por la presente sentencia.

Destacaré asimismo que el hecho determinante de la imputabilidad de la falta de relación familiar no gire tanto en torno a la causa originaria del distanciamiento entre el causante y sus hijas, como sobre los hechos acaecidos alrededor de las fechas del otorgamiento del testamento y de la defunción del testador. Estos hechos gozan de una relevancia superior a la de aquellos, ya que la ruptura de la relación tuvo lugar cuando las legitimarias eran menores de edad y la responsabilidad moral de su evitación debía correr a cargo del progenitor; incluso parece admitir el tribunal que pudiera haber alguna resistencia por parte de las hijas al intento de acercamiento del padre, dado el gran lapso temporal



Sentencias

(casi 30 años) en que duró la falta de relación, y que no impediría considerar que ésta fuese más imputable al padre que a ellas.

Es relevante también en este punto, que el TSJC no exija que la reconciliación haya tenido lugar efectivamente, sino que considere suficiente una respuesta adecuada de las hijas al deseo de reconciliación del padre, reconciliación que en base a los hechos acaecidos es razonable pensar que hubiera llegado de no haber mediado la defunción del causante. La particular naturaleza de esta causa de desheredación justifica un trato diferenciado en cuestión de reconciliación respecto de las otras causas, ya que en ésta se exige un requisito volitivo por parte de las legitimarias, cuya materialización en base a la relación mantenida el último año el tribunal juzga suficiente. Si por el contrario, el intento del padre hubiese topado con una negativa pertinaz e injustificada por parte de las hijas, posiblemente el fallo hubiera adoptado otro signo, pero yo no elevaría dicha consideración a la categoría de *ratio decidendi* de la presente sentencia. Antes bien, estimo que el hecho de que las hijas fueran recepticias a la voluntad reconciliadora del padre ha sido determinante para que el tribunal considerase que no les fuera imputable la falta de relación familiar.

CESIÓN DE FINCA A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA

La condición resolutoria pactada para el supuesto de incumplimiento del cesionario tiene eficacia real de hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad y faculta para solicitar la cancelación de las cargas posteriores.

SENTENCIA N.º 12, de 8 de febrero de 2018 (Ponente: M^a Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN.- En 2006 se otorga escritura de cesión de finca a cambio de obra futura, en la que se convino que en el caso de incumplimiento de la cesionaria, la cedente podría optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Esta cláusula fue inscrita como condición resolutoria en el Registro de la Propiedad. Se pactó también que la cesionaria pudiera solicitar un préstamo hipotecario para financiar la construcción, pero quedando exenta la parte cedente de toda responsabilidad derivada de la concesión del préstamo. Dicha hipoteca llegó a constituirse con posterioridad a la inscripción del contrato de cesión y citando como carga de la finca la condición resolutoria convenida en aquél. Ante el incumplimiento de la cesionaria, la cedente interpuso demanda con las pretensiones de que se hiciera efectiva la condición resolutoria, de que se retornase la propiedad del terreno junto con lo construido en el mismo y de que se cancelase la inscripción relativa a la hipoteca. En primera instancia se accedió a la resolución del contrato y a la devolución de la finca, pero no a la cancelación de la hipoteca; en segunda instancia, se dispuso la devolución de la finca libre de cargas (aunque debiendo indemnizar la demandante a la cesionaria por el coste de las obras que ésta había realizado sobre la finca).

La cesionaria recurre en casación en cuanto a la cancelación de las cargas posteriores a la condición resolutoria afirmando la falta de jurisprudencia de la Sala al respecto y que la facultad de resolución prevista en el art. 6.1 de la Ley 23/2001 no puede afectar a derechos reales trabados por terceros al no tener el carácter de condición resolutoria automática ni en consecuencia carácter real sino sólo obligacional con efectos inter partes.

El TSJC desestima el recurso. Después de hacer diversas consideraciones sobre el contrato de cesión de finca a cambio de edificabilidad o construcción futura y sobre la Ley 23/2001, de 31 de diciembre (vigente al tiempo de celebrarse el contrato), destaca que el Preámbulo de la Ley señala que «las medidas de protección de la persona cedente, desprovista, total o parcialmente, de su propiedad, han de ser especialmente intensas» y que el art. 6.1 de la ley le faculta para exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. A juicio del TSJC, tal norma se refiere a la facultad resolutoria implícita en todas las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Pero el art. 6.2 faculta a los contratantes para pactar que el incumplimiento de lo estipulado «tenga el carácter de condición resolutoria automática», que es calificada por el Preámbulo como una medida que refuerza la eficacia de la condición resolutoria expresa que las partes puedan haber estipulado. De todo ello, deduce que «además de la facultad resolutoria implícita descrita en el art. 6.1 de la ley, las partes pueden convenir, expresándolo así en el contrato, su voluntad de que el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el mismo produzca el efecto de resolver el contrato sin que los tribunales puedan, en principio, apreciar el grado de cumplimiento del mismo a estos efectos. En este caso se entenderá convenida la condición resolutoria de forma explícita, sin que pueda dejar de serlo porque los contratantes hayan utilizado la redacción del art. 6.1 de la Ley 23/2001. La norma no exige fórmulas sacramentales ni especiales para configurar la cláusula. De este modo, cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula, siempre que resulte inequívoca la voluntad de las partes de configurar el incumplimiento como condición resolutoria podrá ser inscrita en el Registro y desde ese momento producirá eficacia real y ello aunque se trate de un derecho personal, pues la inscripción registral que la legislación permite (art. 11.3 de la LH), la convierte en «oponible frente a terceros (art. 13 de la LH)» y conforme al art. 37 LH. Asimismo el TSJC cita la doctrina del TS (STS, Sala 1ª nº 1416/2016 de 7 de abril y nº 236/2015 de 30 de abril, entre otras), de que la condición resolutoria explícita, a diferencia de la implícita, permite a los contratantes «tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria. Es decir, no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento» (FJ 5º). Entre las partes, la resolución automática permite reinscribir la finca nombre del cedente prescindiendo de la intervención de los tribunales; en relación a terceros, el hecho determinante es si está o no inscrita en el Registro de la Propiedad: si lo está, «afectará a terceros y ello con independencia de que sea o no ejercitada en forma automática».

COMENTARIO.- Resulta de la presente sentencia la siguiente distinción entre condiciones resolutorias:

1.- La condición resolutoria implícita en los contratos onerosos sinalagmáticos conforme al art. 1.124 CC. A falta de pacto expreso entre las partes, en caso de incumplimiento de una de ellas la otra podrá optar por la resolución de contrato. Se trata de un efecto de carácter personal, que requiere la apreciación del incumplimiento por parte de los tribunales y no afecta a terceros ya que no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad conforme al art. 11 LH.

2.- La condición resolutoria explícita. Requiere pacto expreso, sin necesidad de ninguna fórmula específica, incluso aunque se limite a reproducir la redacción del art. 1.124 CC. No requiere la intervención



judicial para que produzca sus efectos resolutorios, pudiéndose pactar que el simple retraso en el cumplimiento conlleve la resolución del contrato. Es inscribible en el Registro de la Propiedad y, si se inscribe, afectará a terceros con la consecuencia de que podrá instarse la cancelación de las cargas posteriores.

En la actualidad y en relación con el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura, el art. 621-64 CCCat permite el pacto de condición resolutoria explícita al disponer: «1. Las partes contratantes pueden acordar que el hecho de no haber realizado la obra en las condiciones, con las características y en los plazos de ejecución estipulados tenga el carácter de condición resolutoria.» Pero en el número 2 condiciona la resolución automática del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que se notifique fehacientemente la resolución al cesionario y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca. b) Que el cesionario no se oponga a la resolución en el plazo de quince días.

CESIÓN DE SOLAR POR CONSTRUCCIÓN FUTURA

La venta del solar por parte de la cesionaria sin haber construido la obra y faltando a la buena fe traslada a la compradora las obligaciones asumidas por aquella frente a los cedentes.

SENTENCIA 27/2018, de 19 de marzo (Ponente: M^a Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN.- En 2005 se otorga escritura pública de cesión de solar a cambio de construcción futura entre dos personas físicas como cedentes y una sociedad mercantil como cesionaria, que se inscribe en el Registro de la Propiedad. No se constituye ninguna garantía real ni de ningún otro tipo a favor de la parte cedente. En 2011 la cesionaria vende el solar aún sin edificar a otra sociedad, de la que es administradora la esposa del administrador de la cesionaria. En 2012 los cedentes interponen demanda de reclamación del cumplimiento del contrato de cesión contra la cesionaria y posteriormente la amplían a la compradora. En primera y segunda instancia se estima la demanda interpuesta contra la cesionaria, pero se desestima en relación con la compradora y propietaria actual del solar por entender que la acción no podía hacerse efectiva contra quien no había intervenido en el negocio en virtud del art. 1257 CC. La Audiencia considera que aunque el art. 9 de la Ley 23/2001 diga que los contratos de permuta inscritos son oponibles a terceros, ello no implica que el adquirente sustituya al transmitente en las obligaciones que éste haya pactado con la parte cedente.

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia y estima el recurso de casación. Alega en primer lugar que la idea rectora de la Ley 23/2001, de cesión de finca a cambio de construcción futura, según su Preámbulo, es la necesidad de proteger al cedente, en la medida en que, debido a la cesión, queda desprovisto total o parcialmente de su propiedad a cambio de una cosa por hacer, y a la vista de que, por lo general, en la mayoría de los casos existirá una desigualdad (económica y profesional) entre las partes. Este propósito puede tener su plasmación en el art. 9 citado, en el sentido de que, aunque la inscripción no puede otorgar eficacia real a la contraprestación de la permuta pactada con efectos obligacionales, sí puede al menos tener un valor informativo de las obligaciones que contrajo el promotor con los cedentes, la cual impedirá alegar desconocimiento del contrato y de las obligaciones concluidas por el promotor con los cedentes. Este conocimiento inexcusable enlaza con el principio de buena fe, consagrado por el art. 111-7 CCCat, y con la jurisprudencia del TS en el sentido de que

los causahabientes a título singular no son terceros, trascendiendo a estos los derechos y obligaciones del contrato, con excepción de los personalísimos, al penetrar los causahabientes en la situación jurídica creada mediante el negocio jurídico celebrado con el primitivos contratantes (STS 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984).

Finaliza considerando el TSJC que la propietaria del solar, administrada por la esposa del administrador de la cesionaria, «conocía el contrato suscrito por su esposo con los actores, tanto por su relación de parentesco con quien lo firmó, como porque los compromisos adquiridos constaban en el Registro de la Propiedad, asumiendo además al parecer las obligaciones contraídas» por la cesionaria «adoptando, en suma, la posición del cesionario, por lo que al adquirir todo el solar debió también asumir las obligaciones conocidas como era la de ceder una de las viviendas del edificio a construir a los primitivos propietarios de la parcela. Así lo exige el art. 111-7 del CCCat pues el principio de buena fe se establece con el fin de evitar los perjuicios irrogados a personas de buena fe frente a quienes observan una conducta dolosa de la que se derivan perjuicios directos sobre los primeros» (FD 6).

COMENTARIO.- El art. 9 de la Ley 23/2001 dispone: «El contrato de cesión de finca o de edificabilidad es oponible ante terceros desde que se haya hecho su inscripción en el Registro de la Propiedad». Se trata de un precepto que ha sido severamente criticado por la doctrina (véase en esta Revista el trabajo de Ricardo CABANAS TREJO e Ildefonso SÁNCHEZ PRAT, Breve apunte sobre la Ley 23/2001, La Notaría, 2002, nº 3, pág. 74), que lo califica como perturbador ya que en el Registro de la Propiedad no se inscriben contratos, sino derechos reales. Por ello es muy posible que en la inscripción ni siquiera figure la obligación de la parte cesionaria que sirve de contraprestación, máxime cuando el art. 13 RH dispone que el registrador exprese «de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota a pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción». En cualquier caso parece claro que el art. 9 citado no puede contravenir el principio de fe pública registral, por el que los derechos no inscritos no pueden perjudicar a terceros de buena fe que haya inscrito el suyo, ya que el legislador catalán no tiene competencia para regular la eficacia de los asientos registrales. El juego de los arts. 32 y 34 LH impide que el adquirente deba asumir las obligaciones de su transmitente (aun cuando haya mala fe por parte del adquirente, pues de dichos preceptos no puede interpretarse que los derechos no inscritos puedan oponerse a terceros de mala fe).

No obstante, la relación personal entre los administradores de ambas sociedades puede llevar a la conclusión de que la transmisión se realizó en fraude de los derechos de los cedentes (y es fácil suponer que la sociedad transmitente se habría declarado insolvente de haberse dirigido la demanda sólo contra ella). Frente a la posibilidad de declarar la nulidad de esta transmisión por fraudulenta, declaración que no fue solicitada por los actores, es acorde con la equidad que el tribunal haya preferido mantener su validez pero considerar que existió mala fe por parte de los demandados, con la consecuencia de imponer al adquirente las obligaciones en base al principio de buena fe y al margen de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 23/2001 y de la eficacia de la inscripción registral. La dificultad de esta solución aconseja encarecidamente en la práctica la constitución de garantías reales o de otro tipo (v. gr., aval bancario) para proteger la posición de los cedentes.

Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas durante el primer semestre de 2018

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AGRUPACIÓN

R. 8 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1014)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa, previa agrupación de dos fincas que se formaron en su día por división de una matriz sustancialmente igual a la finca resultante de la agrupación actual.

El registrador exige tramitar el procedimiento del artículo 201 o el del 199 LH, porque manifiesta tener dudas derivadas de que la titularidad catastral de las fincas agrupadas difiere de la inscrita; y de que la descripción de las mismas difiere de la resultante de un plano descriptivo al que se refieren sus historiales registrales.

La referencia en la inscripción a un plano privado no puede justificar dudas sobre la identidad de la finca, porque dicho plano no es una representación gráfica incorporada al Registro conforme a las disposiciones que regulan las representaciones gráficas. Tampoco la divergencia en la titularidad catastral justifica el rechazo de la representación gráfica aportada, porque no hay norma que imponga la coincidencia (como hacía para las inmatriculaciones por título público el derogado artículo 298 RH). La presunción del artículo 3-3 Ley Catastro no afecta a los pronunciamientos sobre titularidad del Registro de la Propiedad.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6331)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara a favor de una sociedad estatal el dominio de una finca, cuya formación también se ordena en la sentencia mediante la agrupación de varias fincas del Ayuntamiento demandado. La suma de las superficies inscri-

tas de dichas fincas es notablemente inferior a la atribuida a la finca resultante de la agrupación.

Se consideran fundadas las dudas del registrador, en cuanto a que la superficie que se pretende inscribir abarca también a las de otras fincas inscritas a nombre del demandado, que no han sido consideradas en el procedimiento. El exceso pretendido coincide con la superficie de dichas fincas, que se identifican en la calificación, de modo que la inscripción pretendida llevaría a una situación de doble inmatriculación. El recurrente reconoce que incurrió en error al no incorporar a la demanda judicial todas las fincas registrales que ocupa el inmueble. Es necesario el consentimiento del titular de las fincas afectadas, que no puede presumirse -como pretende el recurrente- del hecho de que se trate de fincas del mismo demandado, de que éste se haya allanado a la demanda y de que ésta se refiriese a la totalidad del edificio existente sobre el inmueble. La sentencia debe contener todos los requisitos exigidos por las normas registrales para la inscripción, lo cual incluye la referencia al asiento concreto a cancelar.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 18 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 351)

Deniega la práctica de una anotación de demanda derivada de un procedimiento en el que se reclama una cantidad como consecuencia del desistimiento unilateral de un contrato.

Ciertamente en materia de anotaciones preventivas rige el criterio de "numerus clausus"; y en concreto, la anotación de demanda se contempla en el artículo 42-1º LH sólo para quien reclamare en



juicio la propiedad o derechos reales. Sin embargo, es doctrina de la Dirección que este precepto no sólo da cobertura a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal pero que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria.

No obstante, se deniega la práctica de la anotación ordenada en el supuesto, por carecer de cualquier trascendencia en cuanto a la titularidad de las fincas afectadas. Cuando se pretende afectar una finca al pago de una cantidad, lo procedente es la anotación de embargo. También hubiese cabido solicitar, como medida cautelar, la anotación de prohibición de disponer de los bienes afectados.

Por otro lado, se desestima el defecto consistente en no haberse acreditado la constitución de la caución exigida para la anotación de demanda en los artículos 728-3 LEC y 139-1 RH. Del conjunto de la normativa aplicable resulta que el juez estime que la caución no es necesaria, lo cual constituye una cuestión procesal que excede de los márgenes de la calificación registral.

R. 19 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 357)

Admite la inscripción de un mandamiento de adjudicación derivado de una ejecución de títulos judiciales en cuyo procedimiento se ha reconocido el mejor derecho de otro acreedor que, sin embargo, en el Registro es posterior al ejecutante.

La registradora había denegado la inscripción de la adjudicación porque, al sobrepasar el precio de remate el valor garantizado por la anotación de embargo a favor del ejecutante, entiende que el remanente debe ser depositado y distribuido por el Juzgado a favor de los acreedores posteriores, según el artículo 654-1 LEC. Sin embargo, este artículo exceptúa de tal regla el supuesto en que se hubiese estimado una tercería de mejor derecho, en cuyo caso primero cobrará el tercerista, después el ejecutante y sólo después los titulares posteriores. En el supuesto resuelto, una vez satisfecho el tercerista, no hay sobrante, ni para el ejecutante ni para los acreedores posteriores.

R. 12 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1025)

Deniega la cancelación por caducidad de una anotación preventiva de embargo que fue prorrogada con anterioridad a la nueva redacción del artículo 86 LH, por lo que queda sometida a prórroga indefinida en los términos del artículo 199-2 RH.

La Dirección recuerda su doctrina que distingue al respecto varias posibles situaciones. Las anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la Lec-2000 caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (art. 86 LH redactado por la LEC 2000). El mismo régimen se aplica a las anotaciones practicadas antes de la vigencia de la LEC 2000.

Ahora bien, en cuanto a las anotaciones -como la del supuesto- prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC 2000, (a las que se refiere la Instrucción DGRN de 12 diciembre 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH, tácitamente derogado tras la nueva LEC): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que, por analogía con el artículo 157 LH, sólo podrá pedirse la cancelación a los 6 meses desde la emisión de la resolución firme, que deberá aportarse

al Registro, recaída en el proceso en que la anotación y su prórroga fueron decretadas, para así dar tiempo al anotante a presentar ésta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros.

R. 12 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1026)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo posterior a la anotación que se ejecuta. La cancelación se pretende al presentar el título de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas derivados de la ejecución de la anotación preferente, la cual se encuentra caducada cuando se presenta el título.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera “ipso iure” una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

R. 23 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1582)

En 2014 se practicó anotación preventiva de prohibición de disponer, como medida cautelar en un procedimiento de apremio seguido a instancias de la agencia Tributaria (al amparo del artículo 170 LGT). Después, se practicó una anotación de embargo derivada de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, como consecuencia del cual la finca fue adjudicada al ejecutante, quien solicita ahora la cancelación por caducidad de la anotación de prohibición de disponer, por entender que ha transcurrido sobradamente el plazo de seis meses del artículo 81 LGT.

La Dirección lo deniega. El referido plazo semestral se refieren a la prohibición de disponer como medida cautelar; pero no a la anotación preventiva de embargo, la cual, en defecto de otro plazo concreto, caducará cuando haya transcurrido el plazo de cuatro años del artículo 86 LH.

R. 29 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1941)

Se refiere a un supuesto en el que constan presentados en el Registro Mercantil varios documentos cuya calificación ha sido suspendida por haber sido calificada desfavorablemente una previa escritura de cese y nombramiento de administradores. Esa calificación negativa ha sido impugnada judicialmente y el Juzgado acuerda como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda, cuya práctica es lo que se discute en este recurso.

El registrador Mercantil lo deniega por estar vigentes los asientos de presentación de los documentos reseñados, según los artículos 111-3 y 432-2 RH; y 18-2 LH. Sin embargo, la Dirección admite la práctica de la anotación, porque los citados artículos se refieren sólo a títulos que sean “contradictorios o conexos”. La anotación de demanda es un asiento de eficacia temporal cuya finalidad es dar a conocer la existencia de una demanda cuya estimación podría cambiar el Registro. Por ello, la anotación de demanda de impugnación de acuerdos inscribibles -estén o no inscritos- no producen cierre registral. No existe conflicto de prioridad ni violación del principio de tracto sucesivo.

R. 23 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4713)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo, que el registrador había denegado por falta de acreditación de la firmeza del decreto de la letrada de la Administración de Justicia que ordena la anotación. Se han cumplido todos los pasos previstos en la LEC: se ha ordenado despachar ejecución en virtud de sentencia firme en juicio ordinario (la firmeza exigible es la del título ejecutivo que da pie al procedimiento de ejecución del que deriva el embargo); se ha acordado la traba mediante el decreto calificado y se ha expedido mandamiento para su constancia registral.

R. 13 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5646)

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6321)

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6328)

Presentado mandamiento de adjudicación y de cancelación de cargas, derivado de la ejecución judicial de una anotación de embargo, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación ejecutada, por encontrarse ésta caducada en el momento de la presentación del título calificado.

Es doctrina de la Dirección que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

ARRENDAMIENTO

R. 8 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6874)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de arrendamiento de vivienda, desestimando los dos defectos de la calificación.

La duración del contrato no queda al arbitrio del arrendatario. Ciertamente se establece un plazo de duración de 55 años, que el arrendatario puede resolver en cualquier momento. Pero no hay infracción del artículo 11 LAU, porque: se establece un plazo de preaviso de dos meses superior al de la ley (un mes); se pacta por las partes una suerte de indemnización; aunque no se contempla en el contrato que deban haber pasado seis meses antes del desestimiento, lo cierto es que la calificación se ha producido una vez pasado ese plazo.

El pacto por el cual las partes pueden prorrogar por períodos de igual duración al pactado, salvo que cualquiera de ellas pueda darlo por terminado preavisando a la otra con dos meses de antelación, no supone de hecho una duración indefinida del contrato. Esta prórroga tiene carácter facultativo y no forzoso, al presuponer la confluencia de voluntades entre las partes.

ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

R. 10 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1019)

Admite la inscripción de la compra de dos locales por el Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de Madrid, representado por presidente y tesorero en ejecución de un acuerdo de la junta de gobierno.

De los Estatutos de la citada corporación de Derecho público, el registrador había entendido que la junta de gobierno es órgano meramente ejecutivo, pero no decisorio, de modo que la competencia para este acto correspondería realmente a la junta general.

Sin embargo, el artículo 23 de dichos Estatutos atribuye a la junta de gobierno la función de "dirigir, gestionar y administrar el Colegio". Entre los actos de gestión debe entenderse una adquisición de inmuebles como la debatida, toda vez que no existe para tal acto una atribución legal o estatutaria de competencia para la junta general. Por otro lado, la apreciación de que pueda tratarse de un activo esencial excluido de la competencia de la junta, escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios.

R. 24 mayo 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7876)

Deniega la inmatriculación de varias fincas en virtud de certificación de dominio expedida por una comunidad de regantes al amparo del artículo 206 LH, el cual reconoce esta potestad no sólo a las Administraciones Públicas, sino también a las entidades de Derecho público.

Las comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de Derecho público, adscritas al Organismo de cuenca (artículo 82-1 Ley Aguas). Frente a los entes territoriales, que se caracterizan por la universalidad de sus fines, los no territoriales se limitan a gestionar un servicio concreto que le encomienda un ente territorial al que están afectos y por el que son tutelados. Esta universalidad de fines explica que los entes territoriales tengan atribuidos por ley poderes públicos superiores, como el reglamentario, el tributario, el expropiatorio y la aptitud para ser titulares de bienes demaniales, aptitud que no puede predicarse con carácter general de los entes no territoriales, los cuales se dividen en corporaciones e instituciones públicas (éstas últimas fundadas por una Administración territorial, quien las tutela y establece los fines que debe cumplir).

Las corporaciones de Derecho público (colegios profesionales, cámaras, comunidades de regantes...) son conjuntos de personas creadas por la Ley o por acto administrativo, en cuya existencia hay un interés público, pero que también canalizan la defensa y representación de los intereses privados de sus miembros. En consecuencia, no pueden ser subsumidas plenamente en el concepto estricto de Administración Pública y, por ello, ni sus fondos integran el Patrimonio Público, ni sus cuotas son exacciones tributarias, ni sus empleados son funcionarios, ni sus actos son actos administrativos, salvo los producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuidas o delegadas. Por todo lo expuesto -que resulta de la jurisprudencia del TS-, las comunidades de regantes no pueden entenderse incluidas en el concepto de Administración Pública ni de entidad vinculada a la Administración Pública, expresión ésta que comprende únicamente la Administración Pública Institucional pero no la Corporativa, la cual queda excluida del medio inmatriculador especial del artículo 206 LH.



CONCURSO

R. 18 enero 2018 (BOE 29, 1-II-18: 1389)

Admite la inscripción de una escritura de transmisión de unidad productiva efectuada en fase de liquidación de la masa activa del concurso de acreedores de una mercantil.

El registrador no puede cuestionar el hecho de que la enajenación se haya realizado mediante subasta notarial electrónica. Ciertamente, para controlar la validez del acto dispositivo, el registrador tiene que conocer e interpretar la resolución judicial en que se basa, pero esto no equivale a calificarla.

Por otro lado, la ley atribuye a la administración concursal el diseño originario de cómo liquidar, pero el plan de liquidación elaborado por ella queda de manifiesto en la oficina judicial para que, de conformidad con el artículo 148 LC, el concursado, los acreedores concursales y los representantes de los trabajadores (no así otras personas, como por ejemplo los acreedores de la masa ni los antiguos administradores de la sociedad) puedan formular observaciones y propuestas de modificación, las cuales no pueden desvirtuar por completo el plan elaborado por la administración concursal.

En el caso resuelto, el plan aprobado por el juez, que no es exactamente el presentado por el administrador concursal, reconoce a éste el derecho de optar por la subasta judicial o por la notarial, pero debiendo realizarse esta última según los artículos 655 y siguientes de la LEC. En contra del criterio del registrador, entiende la Dirección que en las subastas concursales no es necesaria una tasación específica, porque el bien ya ha sido valorado por la administración concursal en el inventario provisional (artículo 75-2-1 LC).

Además, el plan de liquidación aprobado por la administración concursal establece un sistema de dos subastas sucesivas con precio mínimo decreciente, permitiendo al administrador concursal, en caso de fracaso de los dos subastas, proceder a una tercera (también con precio mínimo) o a la venta directa. Pero el juez introduce una modificación, permitiendo -no obstante los precios mínimos iniciales- que cualquier interesado pueda ofrecer un precio inferior si cuenta con la conformidad del acreedor hipotecario. La Dirección entiende que, con mayor razón, podrá también esta última formular pujas por un importe inferior y, caso de que su puja sea la única o la más alta, pueda adjudicarse el bien. No obstante, por aplicación supletoria del artículo 670-4-2 LEC, la cantidad ofrecida por el postor tiene necesariamente que superar el 50% del precio mínimo inicial.

Conforme a lo expuesto, la enajenación del supuesto es inscribible. La única puja durante la primera subasta es la de la entidad acreedora hipotecaria, por un importe superior al 50% del precio de salida. El notario requerido para la subasta aprueba el remate a favor de la misma. El administrador concursal y la entidad acreedora otorgan la correspondiente escritura en la que se refleja la extinción parcial por compensación del crédito, quedando el resto reconocido como crédito ordinario. El juez del concurso dicta auto ordenando la cancelación de cargas, del cual se puede deducir implícitamente la conformidad del juez y de los acreedores personados en el concurso.

R. 17 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7185)

Constan inscritas una constitución de hipoteca y la posterior declaración de concurso del titular del inmueble hipotecado. Ahora, en

fase concursal de liquidación, se admite la inscripción de la providencia que ordena la cancelación de la anotación de concurso y de las cargas anteriores (en especial, la hipoteca ejecutada).

De los artículos 155-4 y 149-2 LC resulta que cuando la enajenación de un bien concursado gravado se hace sin subsistencia de la garantía, si el precio obtenido no alcanza el valor de ésta, es necesaria la conformidad de todos los acreedores con privilegio especial o, si se trata de enajenación de unidad productiva, de los acreedores de este tipo que representen el 75% del pasivo de esta naturaleza. Según la S TS 21 noviembre 2017 excede de las facultades de calificación del artículo 100 RH la consideración de si en el procedimiento judicial los acreedores con privilegio especial afectados han tenido o no la intervención adecuada y, en general, de si se han cumplido o no los requisitos exigidos por las normas concursales para poder realizar la cancelación de las hipotecas.

También se rechaza el otro defecto de la calificación, relativo a la falta de firmeza del mandamiento de cancelación. El mandamiento es un mero acto de comunicación procesal ajeno al concepto procesal de firmeza. Además, el mandamiento del supuesto sí que recoge una referencia expresa a la firmeza de la providencia que ha acordado la cancelación.

R. 1 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8480)

Deniega la iniciación de un procedimiento en el Registro Mercantil de designación de mediador concursal, para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, y de inscripción de empresario individual, porque se trata de una persona física no empresaria, que manifiesta estar actualmente negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación.

Al igual que el nombramiento de expertos independientes/auditores y la gestión del código LEI, la designación de mediador concursal no es una función de calificación, sino un acuerdo adoptado por la autoridad pública competente para ello legalmente, lo cual tiene como consecuencias: el escaso rigorismo formal del procedimiento; la existencia de un sistema de recursos distintos al de la calificación; y la aplicación subsidiaria de la L 39/2015 sobre PAC de las AAPP. El procedimiento de designación de mediador concursal implica la solicitud de apertura de folio de empresario individual. El registrador debe, en primer lugar, verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible, teniendo en cuenta que a estos efectos el artículo 231-1-2º LC considera también empresario a la persona natural que ejerza actividades profesionales o lo sea a efectos de la legislación de Seguridad Social, así como a los trabajadores autónomos. La negociación con los acreedores de un acuerdo de refinanciación excluye la apertura del expediente de mediador concursal (artículo 231-4 LC).

El solicitante del supuesto no acredita su condición de empresario, sino más bien lo contrario, al aportar copia de sus nóminas y su contrato de trabajo por cuenta ajena. En consecuencia, la competencia para la designación corresponde al notario del domicilio del deudor, quien, apreciada su propia competencia, debe comunicar al interesado las deficiencias que observe en la documentación (artículo 232-3 LC), para finalmente dictar resolución estimando o desestimando de forma motivada la solicitud, y notificarla con pie de recursos. Por otro lado, se encuentra negociando un acuerdo de refinanciación.

R. 4 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8482)

Una vez declarada en concurso voluntario la sociedad titular de una finca (situación concursal reflejada en el Registro Público Concursal, aunque no en el de la Propiedad), habiéndose decretado la mera intervención de las facultades de administración y disposición, se deniega ahora la inscripción de una escritura de permuta de la finca, en la que la sociedad concursada compareció representada por su administrador solidario.

Es necesaria la intervención del administrador concursal (artículo 40-1 LC) y, si el concurso se encontrase en fase común, debe exigirse también la autorización del juez del concurso o la acreditación de la concurrencia de alguna de las circunstancias que exceptúan la necesaria autorización judicial (artículo 43 LC), sin que exima de todo ello la mera declaración del representante de la sociedad de que la misma tiene plena capacidad de obrar.

Por otro lado, los actos realizados sin la intervención del administrador social, en caso de intervención, o del propio administrador concursal, en caso de suspensión, no pueden acceder al Registro de la Propiedad, salvo que sean confirmados o convalidados expresamente por ese órgano auxiliar del juez o se acredite, o bien la caducidad de la acción de anulación, o bien la desestimación por sentencia firme de la acción ejercitada (artículo 40-7 LC).

CONDICIÓN

R. 10 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1020)

Deniega la inscripción de una compraventa sometida a la condición suspensiva del pago del precio que se aplaza, el cual corresponde sólo a siete de las nueve fincas vendidas. Caducado el asiento de la primera presentación telemática, se presenta al año siguiente una nueva copia de la misma escritura, en la que se incluye ahora la constancia en la matriz de una nota según la cual la parte vendedora ha otorgado ante el mismo notario una escritura por la que declara incumplida la condición suspensiva y resuelta la venta.

Sólo pueden acceder al Registro títulos en apariencia válidos y perfectos, pero no los claudicantes, entendiendo por tales los que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación. Este tipo de cuestiones rebasan la función calificadora del registrador y, de no mediar la conformidad de los interesados, deben resolverse judicialmente. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene el interesado de presentar la reseñada escritura de resolución de compraventa, para que el registrador pueda apreciar si su contenido es o no suficientemente obstativo a la inscripción pretendida (significativamente en cuanto a las dos fincas no afectadas por la condición).

COSTAS

R. 7 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4278)

Deniega la inscripción de la adquisición por herencia de una finca, la cual linda con la zona marítima, según el Registro; pero invade el dominio público, según el Catastro y según certificado del Servicio Periférico de Costas conforme al deslinde vigente en la zona.

El artículo 36 Reglamento de Costas, aprobado por RD 876/2014, ordena al registrador suspender la inscripción si la finca intersecta o colinda con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. La R. DGRN 2 agosto 2016 homologa la aplicación informática que permite relacionar la representación gráfica de la finca con la descripción contenida en el folio real.

A pesar de que el deslinde que afecta a este supuesto fue aprobado en 1968 (por tanto, conforme a una normativa de costas hoy no vigente), el registrador no puede proceder en el modo previsto en el artículo 36-4 RGC, para los supuestos pendientes de deslinde, tal y como alega el recurrente.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6332)

Suspende la inscripción de un oficio por el que la Demarcación Provincial de Costas, a los efectos del artículo 31-4 del Reglamento de Costas, comunica que una determinada finca registral ha sido deslindada como íntegramente perteneciente al dominio público marítimo-terrestre (al haber sido aprobado el deslinde en 2010, este supuesto se rige por el Reglamento de Costas de 1989).

No se puede inmatricular una finca que ya está inmatriculada. En efecto, el citado artículo contempla dos hipótesis: si la finca deslindada no está inscrita, el propio deslinde es título suficiente para su inmatriculación a favor de la Administración; pero si la finca ya está inscrita -como en este caso-, lo procedente es la rectificación del Registro regulada por el artículo 40 LH, el cual exige en general, consentimiento del titular registral o resolución judicial. En el caso de este expediente, no consta extendida anotación preventiva de incoación del expediente de deslinde, ni nota marginal de expedición de la certificación registral de dominio y cargas, ni consta la intervención en el expediente de deslinde de los titulares registrales de la finca y de las hipotecas constituidas sobre la misma, ni el consentimiento de los mismos, ni resolución judicial, ni la notificación a los titulares en el procedimiento administrativo.

R. 23 mayo 2018 (BOE 143, 13-VI-18: 7949)

Deniega la inscripción de una compraventa de finca inscrita, porque, habiendo exigido el registrador la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas sobre la posible invasión del dominio público marítimo-terrestre (puesta de manifiesto mediante consulta al Catastro), tal invasión resulta confirmada por el informe emitido por dicho Servicio.

El artículo 36 Reglamento de Costas aprobado por RD 876/2014, ordena al registrador suspender la inscripción si la finca intersecta o colinda con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. La nueva regulación pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Sólo cuando de tal comprobación resulte invasión o intersección procederá la solicitud por el registrador de un pronunciamiento del Servicio Periférico.



Mientras no estuvo operativa la correspondiente aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas (es decir, hasta el 2 de agosto de 2016), la única forma de determinar si hay intersección o colindancia era la certificación del Servicio Periférico de Costas; si bien su aportación sólo resultaba exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindasen con el dominio público o pudieran estar sujetas a tales servidumbres. La misma solución procede ahora en los casos -como el resuelto- en que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no dispongan de la representación gráfica georreferenciada de tales zonas.

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LA ADMINISTRACIÓN

R. 21 febrero 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3261)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa de dos fincas declaradas Bien de Interés Cultural, condición que consta en el Registro mediante nota marginal. La Dirección desestima los defectos de la calificación objeto de recurso.

El artículo 23 de la Ley valenciana 4/1998, de Patrimonio Cultural Valenciano, a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que tienen la Generalitat y el Ayuntamiento en caso de venta de este tipo de bienes, exige justificación fehaciente de la notificación al órgano competente. En el supuesto se discute si la notificación mediante correo certificado con acuse de recibo cumple la exigencia legal. Para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, los requisitos exigidos en cada caso por las normas para la concreta forma de notificar deben interpretarse según la finalidad funcional de la notificación, que es garantizar el efectivo conocimiento del destinatario para que pueda adoptar la posición jurídica más conforme con sus intereses. Pero es que en el supuesto resuelto, ni siquiera es necesario acudir a esta interpretación finalista de la norma, puesto que consta que el Ayuntamiento destinatario de la notificación la recibió efectivamente.

Por otro lado, ciertamente hay algunas discrepancias, relativas a la cláusula de gastos y tributos, entre la previa notificación a efectos del tanteo y la escritura. Lo que ocurre es que, en cuanto a los gastos y tributos del inmueble, nada se cambia el régimen resultante de la ley; y en cuanto a los generados por el otorgamiento de la escritura, la única diferencia es que la plusvalía municipal se imputa "según ley" en la notificación, y a cargo del comprador en la escritura. Dado que según Ley el pago de este tributo correspondería al vendedor, lo cierto es que las condiciones notificadas han sido aún más favorables para el comprador que las definitivamente recogidas en la escritura, por lo que debe entenderse que si en las condiciones notificadas no interesó al notificado el ejercicio del derecho de adquisición, con mayor razón no le habría interesado en condiciones más onerosas.

Por último, la Dirección no entiende ejercitado por el Ayuntamiento su derecho de tanteo y que, por tanto, se haya producido el cierre registral establecido en el artículo 23 Ley 4/1998. Cuando se pacta el pago del precio al contado, la reclamación judicial de ejercicio del retracto requiere su previa consignación o prestación de caución suficiente, por el mismo fundamento que su ejercicio extrajudicial exigiría el pago en la forma convenida (S TS 14 enero 2015). En este supuesto, el Ayuntamiento se ha limitado a proponer

una modificación en las condiciones de pago del precio, consistente en su aplazamiento durante cuatro años o el otorgamiento de una financiación alternativa, lo cual no consta que haya sido aceptado por el propietario de los inmuebles vendidos. En resumen, ha transcurrido el plazo de ejercicio del derecho sin que la administración haya aceptado la oferta comunicada y pagado el precio en la cuantía y plazo convenido. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, no se puede proscribir en sede registral la inscripción de una venta cuya validez no se niega y cuya eficacia está condicionada a la práctica de una notificación, que por otro lado ha sido suficientemente acreditada. Una titularidad inscrita no puede calificarse de claudicante por el mero hecho de estar expuesta al ejercicio de las facultades exorbitantes que la Ley reconoce a las Administraciones Públicas.

DESCRIPCIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS

R. 13 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 143)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, respecto de una finca que consta en el título y en el Registro como de superficie ignorada, y de la que no se especifica la referencia catastral.

Con la Ley 13/2015 se ha elevado a rango legal (artículo 9 LH) la anterior exigencia reglamentaria de expresar en sistema métrico decimal la medida superficial de las fincas "en todo caso", es decir, aunque en el historial registral la finca aparezca sin expresión de su medida. La inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía inscrita, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, sí que tiene cierta entidad inmatriculadora, por lo que exige acreditar la ubicación y delimitación geográfica de dicha superficie, con las debidas garantías de notificación a los colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, bien el procedimiento del artículo 199 LH, bien el expediente del artículo 201-1. No cabe el procedimiento excepcional del artículo 201-3, que está reservado a los casos en que el exceso no sea mayor del 5% ó el 10% de la cabida inscrita, porque en este caso no consta inscrita cabida alguna.

Por otro lado, se trata de una finca edificada, no constando ni la superficie del suelo ni la de la edificación. Para poder inscribir la superficie de la edificación, habrá que cumplir también los requisitos exigidos por la legislación urbanística.

R. 18 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 352)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, por entender fundadas las dudas de la registradora, en cuanto a la previa existencia de una rectificación de superficie inscrita, y en cuanto a la existencia de una controversia judicial relativa a un supuesto de doble inmatriculación de la finca en la cual se reconoció como correcta la superficie publicada en aquel momento por el Catastro (la cual se ha modificado posteriormente). Resulta posible que no se trate de la rectificación de un erróneo dato descriptivo inscrito, sino que lo pretendido sea alterar la realidad física exterior acotada con la descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. En concreto se ha producido además la oposición de un colindante. Cabe acudir al procedimiento de deslinde o al juicio declarativo correspondiente.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH. Las dudas del registrador, que deben estar motiva-

das y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar otras representaciones auxiliares disponibles para lo que existe una aplicación informática homologada por R. DGRN 2 agosto 2016.

R. 19 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 356)

Suspende la inscripción de la representación gráfica catastral de varias fincas, admitiendo la inscripción respecto de otras, todo ello en virtud de la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH.

En concreto, se rechaza la inscripción de la representación gráfica de una sola parcela catastral que se dice corresponder con tres fincas registrales, porque esto implicaría encubrir un acto de agrupación prohibido expresamente por los artículos 199 y 201 LH (la Resolución conjunta de la DGRN-DGC 26 octubre 2015 sí que admite el supuesto inverso de coordinación entre una sola finca registral y varias parcelas catastrales, haciendo constar la representación de cada una de éstas). Además, existen dudas justificadas sobre la identidad de la finca, así como oposición del titular de una sexta parte indivisa de las fincas. También se rechaza la inscripción de la representación gráfica de otras fincas por existir una grave desproporción de cabida, constar las oposiciones de un colindante y de un condueño, así como por haber sido expresamente reconocida la existencia de negocios verbales que puedan implicar el encubrimiento de negocios traslativos u operaciones de modificación de entidades hipotecarias. El promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo 200 LH, o acudir al procedimiento declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

Sin embargo, se admite la inscripción de la representación gráfica catastral respecto de tres fincas, porque consta inscrito un previo exceso de cabida en expediente judicial de dominio sobre la finca matriz, así como la segregación posterior de dichas tres fincas, cuyas descripciones son totalmente coincidentes con las de la representación gráfica catastral que pretende inscribirse. No se consideran justificadas las dudas registrales de identidad, por haber existido un previo pronunciamiento descriptivo judicial que se encuentra inscrito y con el cual concuerda la representación gráfica calificada. Incluso hubiese podido practicarse la inscripción sobre la base del artículo 9-b LH, sin necesidad de tramitar el procedimiento del artículo 199.

R. 17 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1032) R. 21 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 421)

Aplican la regla del artículo 45 Ley Catastro Inmobiliario, según el cual, se entenderá que una referencia catastral se corresponde con la identidad de una finca en los siguientes casos: siempre que los datos de situación, denominación y superficie coincidan con los del titular y, en su caso, con los del Registro; cuando existan diferencias de superficie no superiores al 10%, siempre que además no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 21 diciembre 2017 deniega la constancia de la referencia catastral de una finca, porque, si bien no hay dudas en cuanto a la localización e identificación de la misma entre el Registro y la certificación catastral descriptiva y gráfica, sí que existe entre ambas una diferencia de cabida superior al 10%.

-La R. 17 enero 2018 deniega la constancia registral de la referencia catastral de una finca rústica que en el Registro aparece descrita bajo otros números de parcela y polígono, y respecto de la cual, la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada incorpora una cabida superior en más del 10% a la superficie inscrita.

R. 17 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1033) R. 16 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1029) R. 15 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1027)

Suspenden la inscripción de una representación gráfica catastral, que se pretende mediante solicitud de inicio del procedimiento del artículo 199 LH.

Es doctrina consolidada que, para iniciar este procedimiento hace falta solicitud expresa del titular. Las dudas del registrador, que pueden plantearse desde el momento inicial del procedimiento, han de estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados; y deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. Cuando se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa, habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

Resoluciones en particular:

-La R. 17 enero 2016 suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende mediante la tramitación del procedimiento del artículo 199-2 LH, por entender justificadas las dudas de la registradora basadas en la posible invasión de una finca colindante y de un camino vecinal, existiendo además oposición del titular colindante fundadas en un informe técnico contradictorio aportado al expediente. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde regulado en el artículo 200 LH, sin perjuicio de acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

-La R. 16 enero 2018 y la R. 15 enero 2018 suspenden la inscripción de una representación gráfica catastral, solicita a través del procedimiento del artículo 199 LH. La Dirección estima fundadas las dudas registrales, que se ponen ya de manifiesto al iniciar el expediente, sobre la posible existencia de negocios no documentados que hayan motivado las diferencias descriptivas. Así, en la R. 16 enero 2018 la delimitación perimetral de fina propuesta es muy diferente a la catastral; y hay, respecto del Registro, una disminución de cabida del 32% y alteraciones en los linderos. En la R. 15 enero 2018, según el Registro, la finca se corresponde con una sola parcela catastral y mide 149 metros cuadrados; y ahora se pretende hacer constar que abarca también una segunda parcela catastral, de modo que toda la finca pase a medir 1.775 metros. En todos los casos, no procediendo la inscripción de la representación gráfica por la vía del artículo 199



-salvo que se aporte la documentación requerida por la registradora-, los interesados podrán acudir al específico procedimiento notarial de rectificación del artículo 201 LH; quedando también a salvo la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente (último párrafo del artículo 198 LH).

R. 7 febrero 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2489)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, previa iniciación del procedimiento del artículo 199 LH.

En cuanto a la alegación de no haberse solicitado la incoación de este procedimiento, entiende la Dirección que existiendo una expresa solicitud de inscripción de representación gráfica, está plenamente justificada su tramitación si, a juicio del registrador, existen colindantes registrales que pudieran resultar afectados por la inscripción de dicha representación y que deben ser notificados previamente a la práctica de la inscripción.

En cuanto a la alegación de que el exceso de cabida es directamente inscribible por no superar el 10% de la cabida inscrita, aunque ciertamente es admisible inscribir rectificaciones superficiales dentro de este límite con simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca (artículo 9-b LH), ello no obsta a que el procedimiento del artículo 199 permite inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza y magnitud además de obtener la inscripción de la georreferenciación de la finca.

Por último, en cuanto a las dudas del registrador, la Dirección recuerda su doctrina. Tales dudas deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados; y deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. En cuanto a la oposición de los colindantes, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

En el supuesto resuelto, resultan fundadas las dudas de la registradora en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas contiguas, dado que la oposición formulada por uno de los colindantes se basa en documentación fehaciente que revela la existencia de un litigio motivado por alteraciones en la cartografía catastral. Podrá acudir al procedimiento de deslinde (artículo 200 LH), sin perjuicio de poder acudir también al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 22 febrero 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3265)

Admite la expedición de la certificación registral prevista en la fase inicial del procedimiento del artículo 201 LH, desestimando los obstáculos alegados por el registrador.

Las dudas de identidad deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. En este caso, la duda alegada consiste en que ya hay inscrita una finca con el mismo número de policía, si bien el registrador no indica cuál es la finca que se ve afectada, ni quién es su

titular, ni en qué modo puede verse afectado, a los efectos de poder intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos. Aunque la modificación del número de policía no requiere acudir a este expediente, no cabe duda de que mediante el mismo podrá acreditarse también esta modificación. Pero en este caso, la coincidencia en los números de policía ya resultaba con anterioridad de los asientos del Registro, de modo que si lo hubiese estimado, el registrador podría haber iniciado de oficio el procedimiento de subsanación de doble inmatriculación del artículo 209 LH. Además, la existencia de dudas de identidad no justifica la suspensión del procedimiento del artículo 201, en cuya tramitación podrán practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas.

Otro defecto es que la nueva descripción que pretende darse a la finca no coincide con la resultante de la certificación catastral, sino con la resultante de la representación gráfica alternativa que se aporta, posibilidad expresamente admitida en el procedimiento del artículo 201 (a diferencia de lo previsto respecto de las inmatriculaciones, donde la coincidencia de la descripción del título con el Catastro debe ser total). El notario, conforme al artículo 18-2-c LCI, deberá: notificar a quienes sean propietarios colindantes según el artículo 9-4 LH; y, en caso de no haber oposición, notificar al Catastro la nueva descripción incorporada al documento público, en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del mismo.

R. 8 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4281)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, una vez tramitado el expediente del artículo 199 LH, porque dicha representación incluye un callejón o calleja de titularidad municipal (dominio público), según resulta de informe del Ayuntamiento y de las alegaciones de un colindante. El interesado podrá ejercitar los recursos o actuaciones correspondientes ante la autoridad municipal o judicial.

Es doctrina de la Dirección sobre el procedimiento del artículo 199 LH, que las dudas del registrador deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados; y que deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar otras representaciones auxiliares disponibles para lo que existe una aplicación informática homologada por R. DGRN 2 agosto 2016.

R. 21 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4707)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, y entiende fundadas las dudas de la registradora, por existir oposición de un colindante que aporta documentación fehaciente de la que resulta la existencia de un litigio motivado por alteraciones en la cartografía catastral. No es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

La Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH. Según el artículo 9-b LH, para la incorporación postestativa de la representación gráfica, se aplican los requisitos del artículo 199, cuya principal finalidad es salvaguardar los derechos de los colindantes, de modo que no tiene sentido generalizar este trámite cuando no hay colindantes afectados, es decir, cuando no haya diferencias de cabida superiores al 10% que impidan la correcta identificación de la finca. Para iniciar este procedimiento hace falta solicitud expresa del titular. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar otras representaciones auxiliares disponibles para lo que existe una aplicación informática homologada por R. DGRN 2 agosto 2016. En caso de que, por no corresponderse la realidad física con el Catastro, se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa (artículo 9-b LH), habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

R. 13 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5645)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral, que se pretende mediante el procedimiento del artículo 199 LH, y entiende justificadas las dudas del registrador, porque constando inscrita la finca como construcción de 72 metros cuadrados más un corral cuya superficie no se expresa, de la representación gráfica que se pretende ahora inscribir, resulta una cabida de 476 metros cuadrados, constando además la oposición expresa del Ayuntamiento, quien alega la invasión de viales públicos aportando informe y plano municipales. La Dirección reproduce también su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6317)

Confirma la denegación de una rectificación descriptiva, pretendida mediante el procedimiento del artículo 199 LH, consistente en una importante disminución de cabida y en hacer corresponder la finca inscrita con 18 parcelas catastrales, que se dicen constitutivas de un monte determinado, algunas de las cuales no lindan con las demás y existiendo sobre otras construcciones catastradas a nombre de otros titulares.

La Dirección expone los medios existentes para registrar excesos de cabida, tras la Ley 13/2015:

-Los que no incluyen tramitación previa que permita la intervención de colindantes y terceros: el de las letras a) y b) del artículo 201-3 LH, limitado al 10% o el 5% de la cabida inscrita y que sólo permiten rectificar la superficie literaria; y el procedimiento del artículo 9-b) LH que permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita y con simultánea inscripción de la representación gráfica.

-Los que incluyen garantías previas para terceros (notificaciones a colindantes, edictos en BOE, alertas geográficas registrales, plazo de alegaciones) y permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza y magnitud, así como obtener la representación geográfica de la finca: el del artículo 199 LH, que se atribuye a los registradores; y el regulado en el artículo 201-1 LH (que a su vez remite al artículo 203).

En el supuesto resuelto, la Dirección entiende fundadas las dudas registrales de identidad, para cuya disipación resultaría más adecuado el procedimiento del artículo 201-1 LH, que permite practicar al notario las diligencias que considere oportunas a tal fin. En cuanto a la falta de colindancia de algunas parcelas con las demás, aunque ciertamente concurren los requisitos para poder formar una finca discontinua consistente en una unidad de explotación (todas las parcelas tienen uso maderable o forestal, son cercanas y están comunicadas varias de ellas por un camino), lo cierto es que tal cualidad no consta en la inscripción. En cuanto a la existencia de construcciones catastradas a favor de otros titulares, las cuales no constan en la inscripción, no puede realizarse su constancia registral omitiendo los correspondientes negocio traslativo y modificaciones de entidad hipotecaria (segregación, obra nueva).

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6320)

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6319)

Sientan doctrina sobre requisitos de las notificaciones exigidas en el procedimiento notarial de rectificación descriptiva de finca de los artículos 201 y 203 LH.

Los titulares colindantes registrales que deben ser notificados se entiende que son los que resulten de las representaciones gráficas inscritas o de las bases gráficas archivadas (según la redacción del artículo 9 LH anterior a la Ley 13/2015), pero también lo serán en todo caso los que figuren en la descripción literaria. Es en la certificación registral inicial donde el registrador debe expresar, además de la descripción literaria, cuáles sean los colindantes según las representaciones gráficas existentes, así como otros posibles que puedan resultar de la consulta de los índices u otros asientos. No obstante, siempre habrá que notificar al menos a los colindantes que resulten de la descripción literaria, sin perjuicio de la posible responsabilidad del registrador por no haber hecho constar otros en la certificación.

La forma de realizar las notificaciones a los titulares colindantes y a la persona de la que procede la finca, será la prevista en el Título VI LH, es decir, la del artículo 199 LH: debe ser de forma personal; y si es desconocido alguno de los interesados, si se ignora el lugar de la notificación, o si tras dos intentos no fuera efectiva la misma, se hará mediante edicto insertado en el BOE, sin perjuicio de utilizar en todo caso el sistema de alertas de la regla séptima del artículo 203. Además, no es correcto que el anuncio publicado en el BOE se dirija "a cualquier interesado", sino que debe estar nominalmente dirigido a los interesados en la notificación, pues en otro caso habría una clara merma en sus garantías al no figurar el destinatario de la notificación, dificultando que pueda llegar a su conocimiento.

En aplicación de esta doctrina, ambas resoluciones suspenden la inscripción de sendas actas notariales de rectificación descriptiva de finca, tramitada conforme a los artículos 201 y 203 LH, porque el notario no ha notificado a ninguna persona como titular registral colindante, lo cual no es conforme a la norma, a pesar de la alega-



ción de que el Registro no está actualizado y que es el registrador quien debe indicar los colindantes al expedir la certificación inicial del procedimiento. Tampoco se entiende correctamente realizadas las notificaciones preceptivas, porque el anuncio se ha insertado en el BOE sin haber intentado dos veces la notificación personal, y se ha dirigido “a cualquier interesado”.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6319)

Suspende la inscripción de un acta notarial de rectificación descriptiva de finca, tramitada conforme a los artículos 201 y 203 LH.

El notario no ha notificado a ninguna persona como titular registral colindante, alegando que el Registro no está actualizado y que es el registrador quien debe indicar los colindantes al expedir la certificación inicial del procedimiento. A los efectos de deber ser notificados, ha de entenderse por colindantes registrales los que resulten de las representaciones gráficas inscritas o de las bases gráficas archivadas (según la redacción del artículo 9 LH anterior a la Ley 13/2015), pero también lo serán en todo caso los que figuren en la descripción literaria, quienes deberían haber sido notificados en este supuesto, en el que no consta registralmente representación o base gráfica. Ciertamente, es en la oportuna certificación registral inicial donde debería haberse determinado más precisamente las fincas colindantes afectadas, pero, sin perjuicio de la posible responsabilidad del registrador por no haber hecho constar otros titulares que debieran figurar en la certificación, lo cierto es que debe confirmarse el defecto.

En segundo lugar, no se ha realizado correctamente la notificación al titular catastral y a la persona de la que procede la finca. Tal notificación debe realizarse en la forma prevista en el Título VI LH; es decir, de forma personal; y si es desconocido alguno de los interesados, si se ignora el lugar de la notificación, o si tras dos intentos no fuera efectiva la misma, se hará mediante edicto insertado en el BOE, sin perjuicio de utilizar en todo caso el sistema de alertas de la regla séptima del artículo 203. En el presente caso, el anuncio se ha insertado en el BOE sin haber intentado dos veces la notificación personal, y se ha dirigido “a cualquier interesado”, cuando debería haber estado nominalmente dirigido a los interesados en la notificación para no dificultar que llegase a su conocimiento.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6326) R. 11 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7109) R. 16 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7181)

Aplican la doctrina de la Dirección sobre el procedimiento del artículo 199 LH. Su principal finalidad es salvaguardar los derechos de los colindantes, de modo que no tiene sentido generalizar este trámite cuando no hay colindantes afectados, es decir, cuando no haya diferencias de cabida superiores al 10% que impidan la correcta identificación de la finca. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. En caso de que, por no corresponderse la realidad física con el Catastro, se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa (artículo 9-b LH), habrán de ser

notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 24 abril 2018 admite la inscripción de una representación gráfica catastral, por la vía del procedimiento del artículo 199 LH, pese a haberse aportado escrito de oposición de un propietario colindante, al cual entiende el registrador que perjudicaría la inscripción solicitada, por implicar la apropiación de parte de su terreno y negarle la salida a la vía pública. La Dirección no entiende justificadas estas dudas de identidad, porque se basan en las meras alegaciones del colindante, pero sin aportación de documentación alguna que las acredite, de modo que no hay razón para que estas alegaciones deban prevalecer sobre la solicitud de inscripción.

-La R. 11 mayo 2018 admite la inscripción de una representación gráfica georreferenciada por la vía del procedimiento del artículo 199 LH, pese a haberse aportado escrito de oposición de un propietario colindante relativo a la posible invasión de su parcela. La Dirección no entiende justificadas las dudas de identidad. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

-La R. 16 mayo 2018 deniega la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral resultante de un informe técnico que se aporta, según el cual, la finca registral se corresponde, además de con las tres parcelas catastrales que constan en la inscripción, con otras, algunas de las cuales constan catastradas a nombre de otros titulares y, entre ellas, hay concretamente dos parcelas catastradas a nombre de quienes acreditan ser herederos de uno de los colindantes según el Registro, los cuales formulan oposición al procedimiento. Las dudas de identidad del registrador son fundadas. Subyace una disputa entre la titularidad de las referidas catastrales y su identificación con las respectivas fincas registrales. Puesto que la incorporación de la representación gráfica se deniega por la posible invasión de una finca colindante inmatriculada, cabe instar el deslinde (artículo 200 LH) o interponer demanda en procedimiento declarativo que determine la propiedad de la superficie disputada, así como instar en su caso, la consiguiente rectificación registral.

R. 21 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7670)

Admiten la inscripción de una representación gráfica georreferenciada por la vía del procedimiento del artículo 199 LH, pese a haberse formulado oposición de un colindante. La Dirección no entiende justificadas las dudas de identidad apreciadas por el registrador, las cuales se basan en las alegaciones del opositor y en la falta de coincidencia entre los linderos del Registro y los del Catastro.

Ni del escrito de oposición ni de la calificación resulta en qué forma la representación gráfica que se pretende inscribir afecta a la finca colindante ni se expresa que pueda existir invasión de ésta. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción

contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

Por lo demás, la Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. En caso de que, por no corresponderse la realidad física con el Catastro, se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa (artículo 9-b LH), habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

R. 28 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8141)

Deniega la inscripción de un auto judicial dictado en expediente de dominio (iniciado antes de la Ley 13/2015) para la inscripción de un exceso de cabida, entendiéndose fundadas las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca.

La Dirección recuerda su doctrina. En general, las dudas sobre la identidad de la finca o el exceso de cabida sólo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde este juicio y en general la valoración de la prueba, corresponde exclusivamente al Juez. En el ámbito del expediente de dominio, el registrador sólo emite juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación inicial. Si entiende que existen dudas, será preciso que el auto judicial las aclare. Si no las expresó, no puede plantearlas después al presentarse el auto, salvo que en tal momento el registrador tenga, no ya dudas, sino certeza de que la finca ya está inmatriculada, de que el exceso de cabida encubre la pretensión de extender el folio de la finca inscrita a una superficie colindante adicional, o de que la finca objeto del expediente sea distinta de la inscrita.

Ahora bien, en el supuesto resuelto fue omitido el trámite esencial de la expedición de certificación previa. En tal momento no pudieron ponerse de manifiesto las dudas de identidad que ahora esgrime la registradora y por ello, tales dudas no pudieron ser disipadas durante el procedimiento.

R. 12 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8718)

Admite la inscripción de una escritura de segregación que incorpora representaciones gráficas alternativas de las fincas resultantes, tomadas de informe de valoración catastral con resultado positivo. La delimitación gráfica propuesta afecta a las parcelas colindantes, ya que, si bien el conjunto de todas las fincas representadas respeta el perímetro catastral, ello se hace a costa de atribuir una representación gráfica a las fincas colindantes sin consentimiento de sus titulares. En cualquier caso, la representación gráfica alternativa debe limitarse a la finca o fincas objeto del expediente y cuya inscripción de representación gráfica se pretende.

El registrador, que tramita el procedimiento del artículo 199-2 LH, no explica suficientemente sus dudas de identidad, sino que se limita a rechazar la inscripción por considerar no pacífica la delimitación, sobre la base de dos escritos de oposición de colindantes donde se alega la posible invasión de sus fincas, la atribución a éstas de una superficie inferior a la catastral (pero superior a la inscrita) y la inexistencia de mojones de delimitación. Pero no se aporta ningún informe técnico, prueba documental ni principio de prueba de esta presunta invasión; y la representación gráfica que se pretende inscribir tampoco aumenta la superficie inscrita de las fincas objeto del expediente. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundada, aportando prueba escrita del derecho del opositor, pueda por sí hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa.

R. 12 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8719)

Se refiere a un procedimiento notarial de rectificación de superficie y linderos de una finca, tramitado según el artículo 201 y 203 RN. En relación al titular catastral “herederos de doña ...”, considera correcta la efectiva notificación notarial por correo certificado con acuse de recibo realizada a dos personas concretas, respecto de las cuales los promotores del expediente han manifestado su condición de herederos así como sus domicilios.

Es doctrina consolidada que la forma de realizar las notificaciones a los titulares colindantes y a la persona de la que procede la finca, será la prevista en el Título VI LH, es decir, la del artículo 199 LH: debe ser de forma personal; y si es desconocido alguno de los interesados, si se ignora el lugar de la notificación, o si tras dos intentos no fuera efectiva la misma, se hará mediante edicto insertado en el BOE, sin perjuicio de utilizar en todo caso el sistema de alertas de la regla séptima del artículo 203. Además, no es correcto que el anuncio publicado en el BOE se dirija “a cualquier interesado”, sino que debe estar nominalmente dirigido a los interesados en la notificación, pues en otro caso habría una clara merma en sus garantías al no figurar el destinatario de la notificación, dificultando que pueda llegar a su conocimiento.

En el supuesto resuelto, la Dirección no entra a valorar la cuestión de si es suficiente o no la mera manifestación del requirente, o si el notario debería haber emitido un juicio expreso de identidad e idoneidad de tales personas. Simplemente se opone a la calificación según la cual no constaba el concepto en que habían sido notificados.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

R. 11 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 74)

Suspende la inscripción de una escritura por la que son segregadas dos fincas, de otra discontinua que en su día se formó por agrupación y se describe como unidad agrícola de explotación integrada por cinco parcelas.

No hay correspondencia entre las dos declaraciones municipales de innecesariedad aportadas, que permiten segregar dos determinadas parcelas catastrales, y el título, en el que se segregan tres fincas a partir de las otras tres parcelas catastrales que forman la matriz, quedando las parcelas que el Ayuntamiento permite segregar como resto, con una cabida conjunta en el título casi doble a la mencionada en los documentos municipales. No se trata del supuesto de



la R. 20 marzo 2007, en la que, habiéndose otorgado licencia para la segregación de la parte mayor de una finca quedando como resto la parte menor, se admitió plantear la escritura al revés, segregando la parte menor, al ser idéntico el resultado. Lo que se pretende en el supuesto calificado es una ordenación de terrenos diferente a la prevista en las certificaciones municipales aportadas.

También se declara correcta la actuación del registrador, al notificar a la Comunidad Autónoma la creación por segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, de conformidad con el artículo 80 RD 1093/1997. Las parcelaciones rústicas se rigen por la legislación agraria, de modo que no resulta suficiente para las mismas la licencia municipal de parcelación urbanística. La R. 9 agosto 2011 permitió que revivieran parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, pero porque habían sido objeto de una errónea agrupación, lo que hace tal doctrina inaplicable a este supuesto. Por otro lado, la R. 27 noviembre 2012 y las que traen causa en ella afirman que, entre las excepciones a la prohibición de crear parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo (artículo 25 LEA), no se incluyen las parcelas que formen una sola finca registral discontinua.

Por último, se desestima el defecto consistente en la falta de identificación de la superficie total del resto de finca matriz, porque el título describe pormenorizadamente las superficies, linderos y referencias catastrales de cada una de las tres parcelas subsistentes en la unidad orgánica de explotación, quedando pendiente la simple adición de las tres cabidas indicadas.

R. 12 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 78)

R. 12 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 77)

R. 12 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 76)

Deniega la inscripción de una venta de cuota indivisa de finca rústica, sin asignación expresa de uso individualizado. Los títulos de adquisición de los vendedores han sido otorgados en números de protocolo inmediatamente anteriores: adjudicación pro indiviso por herencia del anterior titular; y venta de la cuota de uno de los herederos a un tercero. No consta del título la referencia catastral del inmueble.

La disposición adicional segunda de la Ley valenciana de Suelo No Urbanizable considera también supuestos de parcelación urbanística aquéllos en que, sin división ni segregación, se subdividan, enajenen o arrienden cuotas de finca para uso individualizado de varios titulares, mediante asociaciones, sociedades, divisiones horizontales, copropiedades, acciones o participaciones que conlleven la modificación del uso rústico con el fin de eludir el cumplimiento de esta ley.

En principio, la venta de cuota del supuesto no lleva aparejado el uso individualizado de una porción de finca. Sin embargo, para la Dirección la conversión de la comunidad hereditaria indivisa en una comunidad ordinaria mediante sucesivas transmisiones onerosas de cuota puede constituir un acto revelador de posible parcelación; presunción que sólo puede desvirtuarse mediante pronunciamiento del órgano administrativo competente, sujeto a revisión judicial, debiendo el registrador realizar la notificación y seguir el procedimiento del artículo 79 RD 1093/1997.

R. 19 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3190)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra -respecto de la que se acredita mediante certificado técnico la pres-

cripción de la acción urbanística-, división y extinción de comunidad, por la cual los copropietarios de una finca, inscrita como rústica pero que catastralmente se manifiesta que está formada por una parcela catastral rústica y tres urbanas, la dividen en tres fincas independientes adjudicándose una a cada propietario, sin aportar licencia municipal de división ni declaración de innecesariedad y acreditando mediante certificado técnico que las tres parcelas están separadas físicamente por vallas desde la fecha de terminación de la obra.

A falta de licencia o declaración de innecesariedad, se requiere una declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Las alegaciones del recurrente sobre la existencia de una situación consolidada de caducidad de la acción, deben plantearse en el ámbito del correspondiente procedimiento administrativo.

Por otro lado, debe acreditarse mediante cédula urbanística o certificación municipal, el carácter urbano de la finca, la cual aparece como rústica en el Registro, en el Catastro y en el certificado técnico. Mientras así no se haga, será precisa también la aportación de certificación de la comunidad autónoma que admita la división por concurrir alguna de las excepciones previstas en la normativa sobre unidades mínimas de cultivo.

R. 13 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4284)

Admite la inscripción de la segregación de una porción de finca debidamente georreferenciada gráficamente en la certificación catastral aportada, si bien según Catastro el resto de finca queda con una cabida superior en mucho más del 10% a la inscrita.

Para la constancia registral de la representación gráfica constituye un supuesto especial el caso del artículo 47 RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios sobre el resto de finca existiendo segregaciones pendientes de inscribir. En estos casos, sólo hay obligación de aportar, para su constancia en el folio real, la representación gráfica de la porción que es objeto de inscripción en cada caso. En consecuencia, en el supuesto resuelto es inscribible la representación gráfica georreferenciada de la porción segregada, aunque no la del resto de finca matriz.

R. 21 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4708)

Admite la inscripción de la segregación de una porción de finca debidamente georreferenciada gráficamente en la certificación catastral aportada, si bien según Catastro el resto de finca queda con una cabida superior en más del 10% a la inscrita.

Para la constancia registral de la representación gráfica constituye un supuesto especial el caso del artículo 47 RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios sobre el resto de finca existiendo segregaciones pendientes de inscribir. En estos casos, sólo hay obligación de aportar, para su constancia en el folio real, la representación gráfica de la porción que es objeto de inscripción en cada caso. En consecuencia, en el supuesto resuelto es inscribible la representación gráfica georreferenciada de la porción segregada, aunque no la del resto de finca matriz.

R. 22 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4709)

Deniega la inscripción de una venta de participación indivisa ya inscrita de finca rústica, que se realiza en favor de dos adquirentes por mitad y en pro indiviso, por entender que encubre un acto de parcelación urbanística para la que haría falta licencia municipal o declaración de innecesariedad.

La Dirección recuerda su doctrina sobre supuestos de declaración de obra o transmisión de participación indivisa de finca rústica, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, se discute si hay elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad. El artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía -aplicable al supuesto- considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

En el caso resuelto, se acompaña certificación municipal de innecesariedad de licencia de segregación, en la que se hace constar que la referida participación ya fue objeto de transmisión al hoy vendedor sin que se hubiese realizado actuación alguna. La finca aparece inscrita como rústica donde existen declaradas por antigüedad ocho viviendas unifamiliares numeradas correlativamente. La participación transmitida consta inscrita a nombre del transmitente, en virtud de asiento practicado por el transcurso de los cuatro meses previstos en el artículo 79 RD 1093/1997, tras apreciación de indicios de parcelación por el registrador, notificación del mismo al Ayuntamiento y falta de comunicación por parte de éste. Tampoco se acredita, a los efectos del artículo 66 LS andaluza, el envío al Ayuntamiento en los tres meses siguientes de copia autorizada de la escritura. Al tratarse de un acto equiparado a la parcelación por la normativa sustantiva, no resulta de aplicación el procedimiento del artículo 79 RD 1093/1997, sino la exigencia de licencia prevista en el artículo 78. Ciertamente se aporta certificado de innecesariedad de licencia, pero no puede entenderse cumplido el requisito impuesto por la normativa sustantiva, ya que este certificado se refiere a la cuota íntegra que ahora se subdivide, de modo que se está realizando ahora la atribuyen ex novo de cuotas indivisas, que es el acto equiparado a parcelación.

R. 7 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6871)

R. 7 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6872)

Deniegan la inscripción de una segregación sobre finca inscrita como rústica. La porción segregada constituye parcela catastral urbana independiente desde el año 1998, por lo que se pide su inscripción por antigüedad, sin licencia.

La segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. El Tribunal Constitucional y el Supremo han matizado el principio de irretroactividad, en el sentido de admitir la aplicación de las normas a actos nacidos bajo la legislación anterior pero cuyos efectos no se hayan agotado o consumado y siempre que

no perjudiquen derechos consolidados de particulares. Para la Dirección esta retroactividad deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de parcelación conformes con la legislación vigente al tiempo de producirse. Por ello, la Dirección reconoce la analogía a la hora de admitir la prescripción acreditada para inscribir, no sólo edificaciones (artículo 28-4 LS), sino también divisiones o segregaciones antiguas, pero eso sí, siempre que no exista una norma estatal o autonómica que declare expresamente la nulidad de la parcelación sin licencia, o un pronunciamiento judicial en tal sentido.

En el caso resuelto, existe tal norma autonómica. El artículo 32 Ley 12/2017 de Urbanismo de las Illes Balears (vigente al tiempo de autorizar la escritura) exige licencia para las segregaciones y divisiones, como ya lo hacía el artículo 13 de la Ley 6/1997 de Suelo Rústico de las Islas Baleares (vigente al tiempo de la individualización fehaciente de la parcela).

Por otro lado, no está suficientemente acreditada la clasificación urbanística de la finca como urbana: en el Registro es rústica; aunque la parcela catastral es urbana, el entorno es rústico; pueden existir inmuebles urbanos a efectos catastrales, que según la normativa urbanística estén clasificados como rústicos o no urbanizables. Como de la segregación resultan parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, el registrador deberá iniciar el procedimiento del artículo 80 RD 1093/1997. En suelo rústico, las prohibiciones de vulnerar la unidad mínima de cultivo y realizar parcelaciones de tipo urbanístico deben considerarse cumulativas.

En consecuencia, en este caso es exigible licencia de segregación, declaración municipal de innecesariedad o declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística.

R. 9 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6877)

Deniega la inmatriculación, pretendida por la vía del artículo 205 LH (herencia y venta), de tres fincas rústicas de secano colindantes entre sí, cuya superficie total es inferior a la unidad mínima de cultivo. Aunque actualmente forman tres parcelas catastrales independientes, la registradora consulta de oficio los antecedentes de la cartografía catastral y aprecia que dichas parcelas formaban antes parte de otra parcela mayor, por lo que su inscripción como fincas independientes podría vulnerar la prohibición de segregaciones por debajo de la unidad mínima de cultivo. Además, habiendo practicado la notificación prevista en el artículo 80 RD 1093/1997, el órgano competente de la Comunidad Autónoma ha declarado nula la inmatriculación. La Dirección confirma la calificación.

Ciertamente las normas que declaran nulas las operaciones contrarias al régimen de las unidades mínimas de cultivo se refieren a actos de segregación o división. Sin embargo, una interpretación sistemática de las normas reguladoras del suelo rural permiten afirmar la aplicabilidad del citado artículo 80 a cualquier acto o negocio jurídico -sea cual sea la forma que adopte- en cuya virtud se dé lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo (en particular, el artículo 26-2 LS parte de un concepto muy amplio de parcelación). Por otro lado, el registrador se encuentra legitimado para acceder a los datos contenidos en otros registros cuyo contenido pueda afectar a la validez del acto cuya inscripción se pretende.



Aplicando todo lo anterior a las inmatriculaciones de fincas rústicas inferiores a la unidad mínima de cultivo, el registrador deberá iniciar el procedimiento del artículo 80 cuando, del título presentado -con independencia de su fecha- y de la consulta al Catastro, resulte fehacientemente que la finca procede de otra mayor, aunque no se formalice documentalmente una división o segregación. Fuera de este supuesto, procederá la inmatriculación, sin que quepa iniciar el procedimiento señalado y sin admitir a estos efectos las meras sospechas o conjeturas o la exigencia del hecho negativo de no haberse formado por parcelación de otra mayor.

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 30 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1944)

Admite la inscripción de una sentencia por la que se declara la nulidad de una escritura de permuta de suelo por obra futura, ordenando que la finca permutada se reinscriba a favor del demandante. Habida cuenta de que la finca permutada fue agrupada con otras, el registrador deniega la inscripción de la sentencia por no especificarse en ella las operaciones registrales que hayan de realizarse ni qué asientos deban ser cancelados. Sin embargo, la Dirección entiende que la referencia contenida en la sentencia a la escritura de permuta sirve para cancelar la inscripción producida por ésta, no constando en el Registro derechos de terceros que hubiesen tenido que ser emplazados debidamente.

R. 20 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3197)

En su día se inscribió la constitución de un derecho de superficie por la entonces titular registral, a favor de “Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA”. Después consta inscrita la venta del dominio a una nueva titular registral (sociedad cuyo objeto es la explotación de una estación de servicio sobre la finca). Como consecuencia de una demanda interpuesta por la actual titular registral contra Repsol, pidiendo la nulidad total del contrato de suministro en exclusiva que ambas habían celebrado, recae una sentencia firme en la que se declara la nulidad sólo del plazo de duración del contrato. Ahora se presenta mandamiento, al que se acompaña testimonio de dicha sentencia, en el que se ordena la cancelación de la inscripción del derecho de superficie. La Dirección deniega la cancelación.

La Dirección recuerda su doctrina. En general, el título formal de la inscripción es la sentencia, y no el mandamiento, el cual es un acto de comunicación que no contiene el título material susceptible de modificar el Registro. Lo que ocurre es que en este caso se aporta también testimonio de la sentencia. Por otro lado, siendo la cancelación la consecuencia ineludible de la decisión principal, su solicitud debe entenderse implícita en la demanda contradictoria del derecho inscrito, sin que esto viole el principio de congruencia. No obstante, si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes, debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación.

En el supuesto resuelto, el mandamiento pide la cancelación del derecho de superficie, pero de la sentencia (que declara sólo la nulidad de la duración del contrato de suministro) no resulta que se haya declarado la nulidad de la escritura que lo constituyó. La solicitud de extensión de un asiento no puede exceder del contenido decisorio de la resolución judicial.

Por lo demás, se desestima el defecto consistente en la falta de intervención en el procedimiento del titular registral que constituyó el derecho de superficie. La exigencia de intervención del titular (artículos 20, 40 y 82 LH) se agota con el titular registral actual.

R. 6 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3896)

Consta inscrita una hipoteca sobre determinada finca en garantía de un pagaré que refinanciaba una deuda anterior. Como consecuencia del impago, se ejecutó judicialmente la hipoteca, de modo que la finca se adjudicó a un titular que a su vez la aportó a una sociedad; y al no cubrirse toda la deuda con el precio de remate, el ejecutante obtuvo el embargo de otra finca, que fue objeto de adjudicación a otra persona, que a su vez cedió el remate a otra sociedad.

Posteriormente se inició un procedimiento ordinario en el que se ha obtenido sentencia que declara la nulidad del citado pagaré, la nulidad de la hipoteca constituida en su garantía, y la de la adjudicación de ambas fincas. En dicho procedimiento han sido demandados la parte acreedora, los titulares registrales resultantes de la adjudicación de ambas fincas y de la aportación a sociedad y cesión del remate. La causa por la que la sentencia declara nulo el pagaré -equiparándolo a un préstamo-, es que se había entregado contra el pago de una cantidad inferior a su nominal, vulnerando la Ley Azcárate de 1908. De acuerdo con el artículo 3 de la citada Ley, la sentencia establece que el prestatario debe entregar sólo la suma realmente recibida y el prestamista debe devolverle lo que exceda del capital prestado.

El título calificado es esta sentencia anulatoria. La Dirección confirma la calificación que deniega su inscripción, según la cual la sentencia obliga al pago de una cantidad de dinero como consecuencia de la declaración de nulidad de un préstamo, por lo que se trata de un derecho personal no susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. En cuanto a la pretensión de cancelar los asientos de la hipoteca y las adjudicaciones derivadas de su ejecución, la misma sentencia considera a los adjudicatarios, titulares actuales, “tercero de buena fe”, que por tanto no pueden verse afectados por la declaración de nulidad del título (artículo 34 LH), lo cual no puede ser cuestionado en sede de calificación registral.

R. 8 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6876)

La primera inscripción de un monte es de dominio a favor de un Ayuntamiento; y la segunda, una concesión administrativa a favor de una mercantil para la instalación de un aerogenerador. Ahora se presenta a inscripción una sentencia que, por considerar probada la propiedad privada del monte, anula el título de dominio del Ayuntamiento (posesión inmemorial), ordena cancelar la primera inscripción y anula también los actos del Ayuntamiento sobre la citada finca registral. En el procedimiento se han personado el Ayuntamiento y la mercantil concesionaria, quien es absuelta por considerar acreditado el Juzgado que su concesión no recae sobre la finca objeto de pleito, sino sobre otro monte del mismo Ayuntamiento.

La mera cancelación de la titularidad dominical anulada supondría la desinmatriculación de la finca, en perjuicio de la titularidad posterior que se sustenta en ella (la de la concesionaria). La cancelación pretendida exigiría la simultánea aportación del título dominical a favor de los titulares civiles del monte.

Tampoco resulta procedente cancelar la inscripción de la concesión administrativa. Los asientos posteriores que traen causa de otro que ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados si en el procedimiento donde se declara la nulidad no han intervenido los titulares respectivos o si, habiendo intervenido, han sido desestimadas todas las pretensiones ejercitadas contra los mismos (que es lo ocurrido en este caso).

De forma acertada, la registradora ha reflejado la nulidad de la titularidad dominical del Ayuntamiento, a fin de evitar la inscripción de actos dispositivos basados en la apariencia tabular, extendiendo una inscripción tercera de nulidad, pero ha denegado la cancelación de las dos inscripciones anteriores (de dominio y concesión).

R. 29 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8143)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa de la adquisición del dominio por prescripción, porque la parte demandada fue declarada en rebeldía y no han transcurrido los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión.

Es doctrina consolidada que, para que una sentencia dictada en rebeldía sea inscribible, además de ser firme (artículos 3 LH y 245-4 LOPJ), deben haber transcurrido los plazos para ejercitar la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal; dieciséis meses en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos de caducidad deberá constar del mismo documento judicial o de otro que lo complemente. Entre tanto no transcurran estos plazos, la sentencia sólo podrá ser anotada preventivamente (artículo 524 LEC).

DOCUMENTOS PRIVADOS

R. 17 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7184)

Consta inscrita una escritura de herencia. Ahora se presenta una instancia privada por la que se solicita la rectificación de la inscripción, alegando que la escritura no se ha calificado correctamente y que hay un procedimiento judicial en marcha respecto de determinados bienes objeto de la misma. La Dirección confirma la denegación del asiento de presentación de dicha instancia.

Los registradores no pueden extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las leyes les atribuyan eficacia registral (artículo 420-1 RH). Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales. El recurso tiene por objeto calificaciones negativas, pero no es cauce para revisar la legalidad de asientos ya practicados o calificaciones positivas.

R. 4 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8481)

Deniega la inscripción de una instancia privada en la que se hace constar la existencia de un error en una inscripción ya practicada. En concreto, se solicita que una adquisición hereditaria ya inscrita, debe rectificarse en el sentido de que la adquisición fue por herencia sólo en parte, ya que la otra parte, correspondiente al exceso de adjudicación pagado a los demás coherederos, debe inscribirse como adquisición onerosa para la sociedad de gananciales del adjudicatario.

El objeto del recurso contra calificaciones registrales son sólo las calificaciones negativas, pero no otras pretensiones del recurrente, como la cancelación de un asiento erróneo ya practicado, que se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales.

R. 12 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8720)

Deniega la práctica de un asiento de presentación de un documento privado por el que se solicita la cancelación y entrega de documentación relativa a una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales (artículo 1-3 LH), su rectificación requiere el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH) y tampoco estamos ante alguno de los supuestos en que las leyes otorguen eficacia registral a los documentos privados (el artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral).

ENFITEUSIS

R. 18 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 350)

Deniega la cancelación de los asientos de censo que gravan dos fincas, las cuales están inmatriculadas sólo en cuanto al dominio útil, en cuyo asiento (del año 1920) se menciona la carga real de pagar cierto canon al Ayuntamiento como titular del dominio directo. También se pretende la posterior consolidación de ambos dominios, como consecuencia de la caducidad formal del asiento, según el artículo 210-1-8ª LH.

Hoy ciertamente cabe la posibilidad de inscripción separada del dominio útil y el directo en el folio de la misma finca (artículo 377 RH). Sin embargo, al tiempo en que se inscribió el censo del supuesto, la mecánica registral era la que efectivamente se siguió: constatar la obligación de pago del canon como parte del contenido de la inscripción del dominio útil del enfiteuta. Por ello, esta constancia registral del dominio directo no es en sentido técnico una mención susceptible de purga (artículo 98 LH).

No cabe cancelar el dominio directo por la vía del artículo 210-1-8ª. En el régimen del censo enfiteutico en el Código civil (a diferencia del modelo catalán), el dueño directo es el auténtico dueño, ya que: es él quien constituye el censo mediante la disposición del dominio útil (1605); tiene derecho a ser reconocido por el enfiteuta, caracterizado como poseedor (1647); hay que entenderse con él para redimir la finca (1651). En consecuencia, la cancelación de la referencia a la obligación de pago del canon en favor del titular del dominio directo generaría la situación patológica de vaciar de contenido el dominio útil del enfiteuta, pues no puede existir censo sin la contraprestación de la pensión.

Tampoco cabe la pretensión de consolidar o acrecer el dominio directo a favor del titular del dominio útil, porque el primero no se halla inmatriculado y porque no existe una voluntad abdicativa respecto del mismo. Por otro lado, hay que distinguir entre la caducidad del asiento (regulada por el artículo 210 LH) y la prescripción del derecho. Es de naturaleza del censo que la cesión del capital sea perpetua o por tiempo indefinido (artículo 1608 Cc), sin embargo el artículo 1620 declara que prescribe el derecho a reclamar, tanto el capital como las pensiones, resultando de los artículos 1963 y 1970



un plazo de 30 años para la prescripción del derecho al cobro del capital. De consumarse esta prescripción, y dado que no puede haber censo sin pensión, el enfiteuta devendría titular del pleno dominio, si bien la prescripción debe siempre ser estimada mediante resolución judicial, porque el Registro es ajeno a posibles actos de interrupción de la prescripción por las partes. En consecuencia, para poder consolidar ambos dominios, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo, o habrá que redimir el censo (artículo 1651 Cc), o deberá ser declarada la prescripción del capital mediante resolución judicial; y todo ello previa inmatriculación del dominio directo.

ENTIDADES LOCALES

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5641)

Deniega la inscripción de una escritura de venta directa de un inmueble municipal, tras haber quedado desierto el procedimiento de licitación mediante subasta.

La regla general para enajenar bienes de entidades locales es la subasta pública (artículos 80 Texto Refundido Régimen Local y 112 Reglamento Bienes Entidades Locales), teniendo la permuta carácter excepcional. La circunstancia de quedar desierta la subasta no es una de las excepciones legales a esta regla general, sino que en tal caso lo procedente sería una nueva subasta; y ello porque la finalidad de la subasta pública es salvaguardar la publicidad, la competencia y la libre concurrencia que debe regir la contratación con las Administraciones públicas, al servicio del interés general y en evitación de la desvalorización de los bienes de los entes públicos (S TS contencioso-administrativo 5 febrero 2008, 5 enero 2007, 15 junio 2002).

Tampoco cabe aplicar el régimen de enajenación directa previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003 de 3 noviembre), pues la Final segunda de esta Ley no enumera los artículos que regulan esta cuestión (136 a 145) como de aplicación supletoria a la Administración Local.

ESTADO CIVIL

R. 24 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1587)

Consta inscrita una finca a nombre de un titular casado como presuntivamente ganancial. Ahora se deniega la inscripción de una escritura en la que el titular vende por sí solo a un tercero, haciendo constar que el título previo es erróneo porque su estado civil es el de soltero, lo cual es confirmado mediante certificado de fe de vida y estado expedido por el Registro Civil.

Este medio de prueba no es exclusivo ni su valor probatorio es absoluto, ya que el propio precepto que lo regula (artículo 363 RRC) prevé otros medios de prueba en casos de duda y tiene un carácter meramente presuntivo (artículos 96 y 97 LRC). La prueba de la soltería, a los efectos de rectificar el Registro de la Propiedad, requeriría certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio, del mismo modo que el medio de probar el estado de casado debe ser la inscripción de matrimonio sin inscripción marginal de divorcio o separación judicial.

En cuanto al error que afecta a las circunstancias del estado civil, hay que distinguir dos tipos de casos: cuando se trate sólo de com-

pletar la identificación del adquirente (artículos 9 LH, 51-9ª-a RH y 159 RN), el estado civil se expresará por lo que resulte de las manifestaciones del otorgante; por el contrario, cuando resulte afectada una titularidad previamente inscrita (y por tanto, bajo la salvaguardia de los tribunales), es preciso el consentimiento de los titulares registrales de derechos, o resolución judicial dictada en procedimiento contra ellos (artículo 40 LH). En el supuesto resuelto estamos en el segundo caso, pues la rectificación de circunstancias personales afecta al régimen jurídico del bien publicado por el Registro (que es el propio de la sociedad de gananciales).

FUNDACIONES

R. 19 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6160)

Admite la inscripción de una escritura por la cual una fundación vende una finca que se formó en virtud de un Proyecto de Normalización inscrito originado en un Estudio de Detalle posteriormente anulado por una sentencia del TS.

Ciertamente es admisible tener en cuenta en la calificación las sentencias judiciales relacionadas con los hechos calificados. Ahora bien, es la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo quien está legalmente encargada de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, mediante uno o varios actos administrativos. Civilmente, la venta realizada es un negocio jurídico válido, puesto que no ha contravenido norma imperativa o prohibitiva alguna, ni ha sido objeto de impugnación.

Por otro lado, aunque la certificación expedida por el secretario de la fundación no es totalmente clara, del conjunto de la documentación aportada resulta que se han cumplido las prescripciones de la Ley y Reglamento de Fundaciones de Castilla y León: el acuerdo de venta fue adoptado por el patronato; el precio de venta no es inferior al de tasación, y se ha asegurado la libre concurrencia e imparcialidad del comprador, lo cual sólo puede ser comprobado en sede de calificación mediante la certificación expedida por el secretario bajo su responsabilidad. Por último, tampoco se mantiene el defecto consistente en la falta de un pronunciamiento expreso por parte del Protectorado sobre si la venta se ajustó o no a la autorización previamente concedida (según exige el artículo 17 del Reglamento), ya que consta que el órgano autonómico competente solicitó a la fundación la documentación necesaria para apreciar si se había incumplido o no la previa autorización, declarando por resolución posterior que no había lugar a la tramitación del requerimiento previsto en el mismo artículo, y acordando el archivo de las actuaciones.

HIPOTECA

CANCELACIÓN

R. 11 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 72)

Admite la inscripción de una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, otorgada en 2012 por la entonces acreedora ("Banco CAM, SAU"), pero presentada en el Registro de la Propiedad en 2017, cuando ya consta inscrito que el acreedor hipotecario es "Banco Sabadell, SA", en virtud de instancia presentada unos meses antes.

El crédito hipotecario se extinguió por pago y así se hizo constar por quien entonces era titular registral. Con posterioridad, la actual titular absorbió a la anterior, quedando traspasado en bloque el patrimonio social de la segunda a favor de la primera, a título de sucesión universal, subrogándose la absorbente en todos los derechos y obligaciones de la absorbida, sin reserva ni limitación alguna, incluida la cancelación de hipotecas pagadas con anterioridad a la absorción, en cuanto acto debido constatable contablemente.

R. 14 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 145)

Deniega la cancelación -pretendida por caducidad mediante instancia privada según el artículo 82-2 LH- de una hipoteca de máximo constituida por el deudor en superposición y garantía de un contrato de aval prestado por una sociedad de garantía recíproca que a su vez asegura un préstamo concertado por la empresa deudora con una entidad de crédito. Tanto el plazo de devolución del préstamo, como el plazo de garantía de las obligaciones resultantes del aval, se fija en diez años.

No siempre es fácil decidir si, en cada caso concreto, el plazo señalado es el convenido para la duración de la hipoteca misma (de modo que, transcurrido el mismo, la hipoteca resultaría cancelable por caducidad en virtud del párrafo 2 del citado artículo), o es el plazo dentro del cual debe nacer la obligación para ser garantizada con la hipoteca (en cuyo caso, una vez nacida la obligación, la acción hipotecaria podría ejercitarse mientras no hubiere transcurrido el plazo de prescripción legal, pudiendo cancelarse entonces por aplicación del párrafo quinto).

La cancelación convencional automática sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto; pero no cuando sea dudosa o controvertida. En el caso resuelto, el análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato revela que el plazo convenido no es para la cancelación por caducidad de la hipoteca, sino más bien se refiere al plazo durante el cual se extiende la obligación de avalar y durante el cual puede surgir la obligación garantizada. Corroborar la idea de que la hipoteca no ha caducado la circunstancia de que, con posterioridad al plazo decenal de la pretendida caducidad convencional de la hipoteca, consta expedida certificación de dominio y cargas en ejecución de la misma.

R. 22 enero 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1322)

Admite la cancelación de varias hipotecas sobre una misma finca, declarando la entidad de crédito acreedora que, no obstante no haber sido reintegrada la totalidad de la deuda, accede a cancelar totalmente las hipotecas; y se añade que, al estar la sociedad deudora declarada en concurso voluntario de acreedores, las cantidades pendientes quedarán reconocidas en el concurso con la calificación que corresponda.

Ciertamente es doctrina consolidada que el mero consentimiento formal no es título suficiente para cancelar un asiento, de modo que es necesario expresar la causa que fundamente la cancelación. Pero también es doctrina que, cuando el titular de la hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, estamos ante una renuncia abdicativa de derechos, que tiene eficacia sustantiva por sí sola (artículo 6-2 Cc) para dar causa a la cancelación de la hipoteca.

En el supuesto resuelto, la cancelación de la hipoteca se basa en la renuncia del acreedor al derecho real de hipoteca. Para practicar la cancelación solicitada es irrelevante lo que ocurra respecto de los créditos pendientes que pierden la garantía hipotecaria.

R. 19 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3192)

Admite la inscripción de una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca autorizada en 2008 por la entidad entonces acreedora ("Caja Galicia"), si bien no fue presentada hasta 2017, cuando ya constaba inscrita la cesión del crédito hipotecario a la SAREB.

Ciertamente el artículo 144 LH establece que los hechos que puedan modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior -como el pago-, si bien no afectan al tercero adquirente de derechos reales mientras no se hagan constar en el Registro, sí que afectan al adquirente del crédito hipotecario. A quien pagó válidamente no le revive el crédito que quedó extinguido. Dada la accesoriidad de la hipoteca respecto del crédito, deben prevalecer las normas sobre cesión de créditos, frente a las que regulan la cesión de las hipotecas.

R. 20 febrero 2017 (BOE 58, 7-III-18: 3196)

Admite la cancelación de una hipoteca de máximo constituida por el deudor en superposición y garantía de un contrato de aval prestado por una sociedad de garantía recíproca que a su vez asegura un préstamo concertado por la empresa deudora con una entidad de crédito. Se estipula que el plazo para poder reclamar será el de un año más allá del vencimiento de la obligación garantizada. Se pretende ahora la cancelación, pasado este año, por la vía del artículo 82-2 LH.

No siempre es fácil decidir si, en cada caso concreto, el plazo señalado es el convenido para la duración de la hipoteca misma (de modo que, transcurrido el mismo, la hipoteca resultaría cancelable por caducidad en virtud del párrafo 2 del citado artículo), o es el plazo dentro del cual debe nacer la obligación para ser garantizada con la hipoteca (en cuyo caso, una vez nacida la obligación, la acción hipotecaria podría ejercitarse mientras no hubiere transcurrido el plazo de prescripción legal, pudiendo cancelarse entonces por aplicación del párrafo quinto). La cancelación convencional automática sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto; pero no cuando sea dudosa o controvertida.

La literalidad del plazo establecido y el análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato a que se refiere el supuesto, revelan que el plazo de duración pactado es un plazo convencional de duración de la hipoteca.

R. 7 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6873)

Deniega la cancelación, pretendida a instancias del deudor, de una hipoteca unilateral respecto de la que no consta la aceptación del acreedor. Se trata de una hipoteca constituida como garantía suficiente a los efectos de interponer un recurso judicial, que fue posteriormente inadmitido. No consta el consentimiento del titular registral ni el requerimiento del artículo 141 LH.

La hipoteca unilateral existe desde su inscripción; y, en caso de no aceptación, el procedimiento especial de cancelación exige: solicitud del titular del derecho hipotecado en escritura pública; reque-



rimiento al acreedor designado en la inscripción; y transcurso de dos meses desde su práctica, sin que resulte del Registro la aceptación de la hipoteca. Esta regulación se aplica también a las hipotecas constituidas a favor de la Administración o en procedimientos judiciales.

El mero conocimiento de la hipoteca unilateral por parte del acreedor no es equiparable al requerimiento expreso del artículo 141 LH. Tampoco resultan suficientes para la cancelación de la hipoteca unilateral las vicisitudes propias del procedimiento judicial o administrativo en el que pudiera haberse constituido.

R. 8 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6875)

El titular de una finca hipotecada, segrega una porción de la misma -sin distribución de la responsabilidad hipotecaria- y vende el resto de finca a un comprador que se subroga en la total obligación personal garantizada. Ahora se admite la inscripción de la cancelación de la hipoteca sobre la porción segregada otorgada sólo por el acreedor, sin necesidad de que la consienta el comprador del resto de finca (como exigía el registrador).

Ciertamente es doctrina de la Dirección que la hipoteca unitaria sobre varias cuotas o fincas, no sólo produce relaciones jurídicas entre el acreedor y los propietarios gravados, sino también entre éstos: si cualquiera de ellos paga toda la deuda, no puede después reclamar la cantidad íntegra a cualquiera de los demás con las mismas garantías que el acreedor principal (que sería el efecto ordinario de la subrogación), sino que sólo podrá reclamar con dichas garantías la parte que proporcionalmente corresponda a cada uno (artículos 1145, 1212, 1844 Cc). Por tanto, hará falta el consentimiento de todos para liberar de la hipoteca alguna de ellas.

Sin embargo, la doctrina reseñada no resulta extrapolable a este supuesto. Al comprador que ha devenido propietario del resto de finca matriz y que se ha subrogado en la total obligación personal garantizada con la hipoteca, le resulta ya indiferente que la hipoteca siga gravando o no la finca segregada. Ya no existe acción de regreso a favor del dueño de finca gravada que es deudor único de toda la deuda garantizada, por lo que en nada le perjudica la cancelación de la hipoteca sobre la otra finca.

R. 10 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7105)

En 1986 se constituyó un préstamo hipotecario destinado a financiar la construcción y venta de un edificio de viviendas, que fueron vendidas después a diferentes compradores. Ahora se pretende la cancelación de la hipoteca por caducidad, en la vía del artículo 82-5 LH. La Dirección interpreta la cláusula de amortización del préstamo, en el sentido de entender que el plazo máximo de amortización para los adquirentes de viviendas es de catorce años desde la escritura de compraventa, lo que nos sitúa en la fecha de 21 de enero de 1998. La cancelación se deniega porque, contando desde tal fecha el plazo de 21 años exigido por el indicado precepto, la caducidad sólo se producirá a partir del 21 de enero del año 2019.

R. 10 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7106)

En 1953 se constituyó hipoteca en garantía de un préstamo por plazo de 3 años. Ahora se pretende, mediante instancia privada, que se haga constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca el fallecimiento de dos de las tres deudoras hipotecantes y la sub-

sistencia de la hipoteca respecto de sus herederos y respecto de la tercera deudora.

No procede la práctica del asiento, porque la hipoteca se halla caducada y pendiente de cancelación conforme al artículo 82-5 LH.

R. 18 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7187)

Deniega la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca, en la cual la entidad financiera acreedora, por así convenir a sus intereses, renuncia a la garantía hipotecaria y consiente la cancelación de la hipoteca, condicionando ambas cosas a que la finca sea transmitida a un tercero en determinados plazo máximo y precio mínimo.

Para la Dirección, la condición establecida es válida. Ciertamente la condición consistente en la mera transmisión de una finca -sin más matizaciones- depende en exclusiva de la voluntad del deudor (por lo que es puramente potestativa) y está sancionada con la nulidad (artículo 1115 Cc). Sin embargo, la condición del supuesto no sólo depende de la voluntad del deudor, sino también de un hecho o voluntad externos (por lo que es simplemente potestativa), como es que la venta se haga en plazo máximo y por precio mínimo.

No obstante ser válida la condición, no es inscribible. La cancelación es un asiento definitivo que produce efectos extintivos absolutos (artículos 76 y siguientes, y 97 LH), lo que impide su sujeción a condición suspensiva o resolutoria. Y, aunque cabe someter a condición o término suspensivo la extinción de un derecho en tanto no exista norma que lo prohíba, esto no tiene cabida en el sistema registral destinado a dar certeza y seguridad jurídica a las relaciones inmobiliarias, dados los efectos extintivos absolutos de la cancelación y su irreversibilidad. Lo contrario supondría publicar una situación de pendencia sobre la existencia del derecho, cuyo régimen jurídico en tal situación quedaría indeterminado, resultando dudosas también la posibilidad de ejecución forzosa y la retroactividad de los efectos de la cancelación en caso de cumplimiento. No puede accederse a la cancelación solicitada hasta que se produzca la transmisión de la finca en los términos convenidos. Distinto sería el caso de que los interesados hubiesen consentido, no la cancelación de la hipoteca, sino una mera novación de la misma sujeta a condición suspensiva, que sería inscribible según el artículo 23 LH.

R. 5 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8706)

R. 21 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7671)

Reiteran doctrina consolidada. La nota marginal de haberse expedido la certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria, si bien no implica cierre registral, opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada. Su relevancia excede de una mera publicidad noticia, alcanzando valor de notificación formal sustitutiva de notificaciones individualizadas a los titulares posteriores. Es un requisito esencial del procedimiento, que interrumpe la prescripción de la acción, ya que el inicio de la ejecución no es sino una reclamación del acreedor; pero no determina por sí sola la fecha en que la obligación deba ser satisfecha (presupuesto de aplicación del artículo 82-5 LH), ya que no implica necesariamente el vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas, ni impide que, habiéndose producido un impago parcial, el deudor haya liberado el bien pagando la cantidad pendiente antes de la su-

basta. Del mismo modo, el hecho de que hayan pasado varios años desde la práctica de la nota, no significa que no se haya desenvuelto íntegramente el procedimiento de ejecución.

Respecto del inicio del cómputo del plazo de 21 años para la cancelación de la hipoteca por caducidad (artículo 82-5 LH), hay que distinguir dos hipótesis. Si la nota se extiende después del vencimiento de la obligación garantizada, interrumpe la prescripción de la acción, de modo que el plazo se contará desde la fecha de la nota. Pero si la nota se extiende antes del vencimiento de la obligación, nada interrumpe, porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente, de modo que los 21 años se contarán desde el plazo de amortización final del préstamo.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 5 junio 2018 admite la cancelación de la hipoteca por caducidad, por haber transcurrido el plazo de 21 años desde el vencimiento final del préstamo, siendo a estos efectos irrelevante que se hubiese expedido la certificación de dominio y cargas cuatro años antes del vencimiento final.

-La R. 21 mayo 2018 deniega la cancelación por caducidad de una hipoteca en garantía de un préstamo que vencía en 1997, a pesar de haberse expedido en 1990 nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, porque el plazo de 21 años se debe contar desde el vencimiento final. Tampoco cabría acceder a la cancelación pretendida en virtud de la regla 8ª del párrafo segundo del artículo 210 LH, que permite cancelar las garantías reales por transcurso de veinte años desde el último asiento en que conste la reclamación de la obligación (o en su defecto, 40 años desde el último asiento relativo a la garantía). Esta regla sólo se aplica cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago.

R. 29 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8144)

Admite la inscripción de una cancelación de hipoteca acordada por el actual titular de la finca en una escritura por la cual los deudores le habían transmitido la propiedad de la finca en pago de la deuda hipotecaria. El registrador había denegado la inscripción porque en su día se practicó el asiento de presentación -ya caducado- de una sentencia que declaraba nula la citada dación en pago y cancelación de hipoteca.

Caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos jurídicos, razón por la cual la calificación registral tampoco puede tenerlo en cuenta.

EJECUCIÓN

R. 15 febrero 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2734)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas.

El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificado exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos. Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

R. 16 febrero 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2735)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre vivienda no habitual, en el cual, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación.

La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

R. 14 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4286)

Admite la inscripción de un auto de adjudicación derivado de procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. En una primera calificación negativa se desestimó la inscripción por no resultar demandado ni requerido de pago el tercer poseedor que inscribió su adquisición antes de iniciarse el procedimiento, figurando únicamente que fue legalmente notificado. Ahora, mediante mandamiento de adición expedido por la letrada de la Administración de Justicia, se hace constar que el tercer poseedor ha sido requerido de pago, habiendo transcurrido el plazo legal sin haberse atendido el pago ni formulado oposición. Con este requerimiento se ha concedido al tercero la opción de pagar u oponerse, posibilidades que corresponden al demandado conforme al artículo 686 LEC, sin que por tanto haya existido indefensión.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC). Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

R. 23 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4714)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, en el cual, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación. La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.



R. 20 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6161)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, en el cual, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación.

La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

R. 20 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6162)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos. Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

R. 23 mayo 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7874)

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, en la cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60% del valor de tasación. El valor total de lo adeudado no alcanza el 70% de dicho valor, aunque sí excede del 60%, quedando por tanto, un remanente de deuda pendiente de abono al acreedor.

Ciertamente la letra del artículo 671 LEC (tras su reforma por Ley 1/2013) admite, en estos casos de subasta desierta de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor por el 70% del valor de tasación o, cuando la cantidad reclamada por todos los conceptos fuese inferior a este porcentaje -como ocurre en el supuesto resuelto-, por el 60%. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria al espíritu y finalidad de la Ley que la introdujo (aumentar la protección del deudor en caso de ejecución de su vivienda habitual), ni al contexto de las otras normas modificadas por dicha Ley, como el artículo 670-4, previsto para el caso de existencia de postores en la subasta. Una interpretación literal del precepto aplicable produciría el resultado distorsionado de causar un grave perjuicio al deudor, ya que seguiría existiendo deuda pendiente. Por todo ello, la Dirección interpreta el artículo 671 LEC en el sentido de entender que, en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70% del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, pero con el límite mínimo del 60% del valor de subasta.

R. 23 mayo 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7875)

Instado un procedimiento ejecutivo ordinario contra la parte deudora a consecuencia del impago de una obligación garantizada con hipoteca, se acuerda por el Juez llevar a cabo la ejecución hipotecaria dentro del mismo procedimiento, a cuyo efecto se ordena la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 LEC, con la consiguiente nota al margen de la inscripción de la hipoteca.

La Dirección deniega dicha expedición. Instada la ejecución hipotecaria por el procedimiento ejecutivo ordinario, para poder extender esta nota de expedición, es necesario anotar previamente el embargo del inmueble ejecutado, como exige el artículo 143 RH. Si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción hipotecaria ordinaria existieran cargas intermedias cuyos titulares ignorasen que la ejecución afecta a la hipoteca preferente a sus derechos, estas cargas no podrían cancelarse si sus titulares no hubieran intervenido en el procedimiento.

EXTENSIÓN OBJETIVA

R. 13 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4285)

Admite la inscripción de la cláusula de una escritura de préstamo hipotecario en la que se establece que la hipoteca se extenderá a cuanto determinan los artículos 334 Cc, 109 y 110 LH y además a los frutos, rentas y muebles referidos en el artículo 111 LH, y a las obras y mejoras que existan o que en adelante se realicen en la finca hipotecada, incluso a las edificaciones levantadas donde antes no las hubiere, excepto cuando hayan sido costeadas por un tercer poseedor, conforme a lo establecido en el artículo 112 LH.

La interpretación de la cláusula en el sentido más adecuado para que produzca efecto, lleva a entender que la no extensión de la hipoteca frente a terceros poseedores se refiere, no sólo a las obras y mejoras costeadas por el tercer poseedor (como literalmente entiende el registrador), sino a todos los objetos incluidos en el citado artículo 112.

RESPONSABILIDAD

R. 16 febrero 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2736)

El título calificado es una escritura de préstamo hipotecario en la que se establecen sendas cantidades alzadas como límites a la responsabilidad por intereses ordinarios y de demora. El registrador, teniendo en cuenta los concretos tipos de interés pactados en la escritura, tanto remuneratorio -que es fijo-, como de demora -que es el ordinario incrementado en dos puntos-, entiende que la cantidad global pactada por el primer concepto corresponde a 21 meses y por el segundo a 49 meses, todo lo cual supone garantizar en conjunto ambos tipos de interés por un plazo que excede del máximo de cinco años (60 meses) que establece el artículo 114 LH.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. No hay impedimento legal para asegurar con hipoteca cinco años de intereses ordinarios y cinco años de intereses moratorios, porque ambos tienen distinta causa y naturaleza: los primeros constituyen una obligación de presente, y los segundos una obligación futura (no se sabe si lle-

garán a devengarse), de modo que el límite de cinco años opera de forma autónoma y no conjunta. Ciertamente, unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, pero no hay dificultad para poder reclamar todos los intereses de ambos tipos realmente devengados y garantizados dentro de los máximos legales, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios también de los últimos cinco años, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros.

VIVIENDA HABITUAL

R. 20 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3194)

Admite la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca sobre dos fincas registrales, pero configuradas como una sola finca catastral bajo un mismo número de policía, expresándose en la escritura que ambas fincas constituyen una unidad funcional destinada a vivienda habitual. No es necesario agrupar ambas fincas, ni concretar cuál de ellas es la vivienda habitual, sino hacer constar el carácter habitual de las dos viviendas.

Las normas que protegen al deudor hipotecario y a la vivienda habitual no limitan la protección al supuesto de una única vivienda habitual (salvo el artículo 1-3-d de la Ley 1/2013 que, para la suspensión temporal de lanzamientos, exige que se trate de hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor). A la luz del espíritu y finalidad de las normas protectoras de los hipotecantes de vivienda habitual, debe concluirse que habrá de pasarse por la manifestación del hipotecante, consentida por la parte acreedora, sobre el carácter de única vivienda habitual atribuido a las dos fincas hipotecadas.

R. 8 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4280)

Admite la inscripción de una adjudicación resultante de procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, pese a que la esposa del hipotecante tiene reconocido un derecho de uso mediante sentencia que le atribuye la guardia y custodia de los hijos menores. El ejecutado compró e hipotecó ya en estado de separado judicial. La sentencia que establece el derecho de uso es del año siguiente y nunca se inscribió. Por lo tanto, no se deriva del contenido del Registro que el acreedor tuviera conocimiento de la existencia del derecho de uso con anterioridad a la interposición de la demanda.

En general, el hecho de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario -entre ellos, el de prioridad-, por lo que procede la purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad. En cuanto al grado de intervención que ha de tener en el proceso de ejecución el beneficiario de un derecho de uso, como mero ocupante, es preciso que se le notifique la existencia de la ejecución, para que en el plazo de diez días presente al tribunal los títulos que justifiquen su situación (artículos 661 y 675 LEC). Desde que inscriba su derecho se le considera "tercer poseedor" a los efectos del artículo 662 LEC: puede liberar el bien pagando al acreedor; por lo que no sólo debe ser demandado, sino también requerido de pago. Ahora bien, el usuario que, pudiendo hacerlo, no ha inscrito su derecho, no podrá oponerlo al adquirente del artículo 34 LH y no podrá tener en el procedimiento de ejecución la intervención del

mencionado artículo 662. Por tanto, la inscripción es un requisito de intervención en el procedimiento, salvo que haya acreditado al acreedor previamente su adquisición, a fin de tener la consideración de parte.

INMATRICULACIÓN

R. 16 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1030)

Ciertamente la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH no exige identidad plena y absoluta entre las descripciones del título y del antetítulo -porque en tal caso no sería necesario el juicio registral de identidad que prevé el último inciso del artículo-, sino que basta con una identificación razonable en superficie, ubicación y demás elementos definitorios.

Sin embargo, la Dirección suspende la inmatriculación pretendida, porque en este caso la falta de identidad implica una diferencia de superficie superior al 10%; y además, existe un patio que en el título se describe como adosado a la finca, mientras que el antetítulo se describe como finca independiente de la que sólo se transmite una mitad indivisa.

La inmatriculación pretendida podrá conseguirse: mediante el procedimiento del artículo 203 LH; o bien complementando el título inmatriculable con acta de notoriedad que acredite la previa adquisición y su fecha.

R. 23 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1584)

Deniega la inmatriculación de una finca, que se corresponde con determinada parcela catastral, a favor de una Confederación Hidrográfica, lo cual se pretende en virtud de certificación administrativa en la vía del artículo 206 LH.

La pretensión de inmatricular esa determinada parcela a nombre de la Confederación ya había sido denegada en una calificación anterior, que ahora se reitera por la misma razón: existen indicios racionales (fundamentalmente la coincidencia de linderos) de que la porción a inmatricular es en realidad una parte de una finca registral, que en su día fue expropiada, estando pendientes tanto la inscripción de la expropiación como la previa segregación de la superficie expropiada.

R. 31 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1946)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas de la registradora sobre la procedencia de la finca, por segregación, de otra que consta inscrita. El Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrá el recurso judicial contra calificación registral, el procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

R. 27 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3649)

Deniega la inmatriculación de dos fincas, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, mediante títulos otorgados antes de la Ley



13/2015, pero presentados ya bajo su vigencia: una escritura de donación; complementada con acta de notoriedad acreditativa de que el donante era tenido por dueño, a la que se adjunta otra escritura en la que el donatario unilateralmente rectifica de modo sustancial la descripción de las fincas que se contenía en la donación, para adaptarla al Catastro, cambiando el término de situación, los linderos e incrementando notablemente las superficies.

La escritura de rectificación de la donación supone un nuevo otorgamiento negocial que sustituye al anterior, lo cual exige el concurso o ratificación del donante. Por otro lado, en cuanto a la admisibilidad del acta de notoriedad en las inmatriculaciones tras la Ley 13/2015, ya no será admisible la simple declaración de notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una finca, sino que será necesario que el notario emita formalmente juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando tales extremos resulten evidentes por aplicación directa de las normas.

R. 1 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3892)

Ciertamente la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH no exige identidad plena y absoluta entre las descripciones del título y del antetítulo -porque en tal caso no sería necesario el juicio registral de identidad que prevé el último inciso del artículo-, sino que basta con una identificación razonable en superficie, ubicación y demás elementos definitorios.

Sin embargo, la Dirección suspende la inmatriculación pretendida, porque considera fundadas las dudas de identidad, derivadas de un exceso de cabida muy superior al 10%, entre las descripciones de título y antetítulo, junto con otras diferencias descriptivas.

La inmatriculación pretendida podrá conseguirse: mediante el procedimiento del artículo 203 LH; o bien complementando el título inmatriculable con acta de notoriedad que acredite la previa adquisición y su fecha.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5030)

Publica la S firme del Juzgado 1ª Instancia Guadalajara 11 julio 2011, que a su vez anula la R. 10 noviembre 2009 (BOE 7, 8-I-10: 343).

La resolución anulada declaró inscribible una sentencia recaída en juicio declarativo ordinario, que ordenaba cancelar una previa inscripción inmatriculadora, y proceder a la inscripción a favor del actor, entendiendo que no procedía exigir los requisitos de las inmatriculaciones pues al inscribirse la sentencia no queda desinmatriculada la finca, sino que formalmente estaríamos ante una inscripción segunda. También dijo la Dirección que, aunque hubiese inmatriculación, la obtenida mediante procedimiento declarativo ordinario no precisa de las garantías que los arts. 205 LH y 298 RH exigen para los títulos notariales (doble título público, publicación de edictos y suspensión de los efectos de la inscripción durante 2 años). Tampoco son precisas tales garantías en las inmatriculaciones por expedientes de dominio, o certificaciones y reparaciones administrativas. Lo que sí se exige en toda inmatriculación es la certificación catastral descriptiva y gráfica de la Ley 13/1996.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5031)

Publicada la S firme del Juzgado 1ª Instancia (1) Orense 19 mayo 2015, que a su vez, a instancias del notario, anula la R. 4 agosto 2014

(BOE 242, 6-X-14: 10129) en la parte que confirmaba la calificación registral.

En dicha resolución, la Dirección reiteró su doctrina de que no constituye obstáculo a la inmatriculación el hecho de que, pretendiéndose sólo la inmatriculación del solar, en el Catastro consten edificaciones. Ciertamente, exigía el artículo 53-7 Ley 13/1996 y exige el actual 205 LH, para inmatricular fincas, una coincidencia total entre la descripción catastral y la del título; pero tal coincidencia total ha de referirse sólo a los datos que distinguen la finca de sus colindantes: situación, superficie y linderos. La inscripción de las edificaciones es voluntaria y tiene sus propios requisitos y vías.

R. 10 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5639)

Suspende la inscripción de una inmatriculación, por la vía del artículo 205 LH. El título inmatriculador es el de convenio regulador de separación, y su antetítulo es escritura de compra por los cónyuges. La inscripción se deniega porque el título omite la descripción completa de la finca, recogiendo sólo el nombre del paraje en que se ubica la finca, así como su número de parcela y polígono. En una inmatriculación por título público, la constancia en el título de la descripción completa es presupuesto de la aplicación de la previsión legal contenida en el artículo 205 LH.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6154)

Publica la S firme AP Oviedo (6ª), 23 febrero 2015, que anula la siguiente resolución:

R. 8 septiembre 2009 (BOE 242, 7-X-09: 15994).

Deniega una inmatriculación mediante escritura de compraventa, porque las diversas fincas vendidas están afectadas por alguno de los siguientes defectos:

-Falta de licencia municipal de segregación: la obligación de aportar tal licencia se extiende también a la inmatriculación de una parte de finca no inscrita. En este supuesto, lo que se pretende inmatricular con el segundo título es sólo una parte de la finca descrita en el primero.

-La descripción el título y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica no son totalmente coincidentes (y no cabe entender tal coincidencia cuando la diferencia de cabida no exceda del 10%; pues tal criterio permisivo lo prevén los artículos 41 a 49 de la Ley del Catastro, en relación a la constatación registral de la referencia catastral, pero no a la inmatriculación).

-La previa adquisición debe acreditarse mediante titulación pública y no con simple documento fehaciente ex art. 1227 Cc, según interpretación de S. TS (Sala 3ª, sección 6ª) 31 enero 2001.

-La existencia de dudas fundadas del Registrador sobre la identidad de la finca es cuestión de hecho que excede del recurso gubernativo y debe resolver el Juez.

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6156)

En su día se practicó la inmatriculación de una finca colindante con carretera, después de que el registrador notificase al Ministerio de Fomento el inicio del procedimiento de inscripción de base gráfica, sin recibir alegación alguna. Ahora la Administración interpone

(extemporáneamente además) recurso conforme a los artículos 324 y siguientes LH.

La Dirección lo desestima, reiterando su doctrina: el recurso sólo procede contra calificaciones negativas, pero, una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título, la posible indefensión del afectado, o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6157)

Admite la inmatriculación de una finca, pretendida por la vía del artículo 205 LH, mediante escritura pública de compraventa precedida de escritura de herencia otorgada el mismo día, pero cuyos causantes fallecieron varios años antes.

En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo a un tercero, el plazo de un año del artículo 205 LH se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (657 Cc). Los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (artículo 989 Cc). La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (artículo 404 Cc).

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6325)

Deniega la inmatriculación de tres fincas rústicas, pretendida por la vía del artículo 205 LH, porque de la cartografía catastral resulta una posible invasión de caminos municipales, lo cual es confirmado por un informe técnico suscrito por un delineante del Ayuntamiento afectado. La protección del dominio público -inscrito o no- es uno de los objetivos de la Ley 13/2015. En concreto, el artículo 205 dispone que, si el registrador tuviese dudas fundadas de invasión del dominio público, notificará tal circunstancia a la Administración competente, cuya oposición supondrá la denegación de la inmatriculación pretendida.

R. 11 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-2018: 7110)

Admite la inscripción de un testimonio firme de auto recaído en expediente de dominio sobre inmatriculación de finca, pese a que la certificación catastral descriptiva y gráfica que se acompaña es de fecha de 24 de enero de 2008, de modo que no incluye las coordenadas georreferenciadas y excede del plazo anual de vigencia de las certificaciones catastrales (artículo 84-2 LCI).

Según el apartado 8º de la Resolución conjunta DGRN y DGC 26 octubre 2015, para inscribir la representación de la finca y calificar su correspondencia gráfica con la parcela catastral, el registrador deberá tener en cuenta la descripción catastral vigente en el momento de la inscripción, a cuyo fin podrá consultar en la Sede Electrónica del Catastro la información disponible y obtener la certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada. En consecuencia, el registrador debería haber obtenido directamente la certificación catastral con las coordenadas de la finca.

R. 22 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7673)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas de la registradora sobre la coincidencia de la finca a inmatricular con otras que constan inscritas.

El Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrá el recurso judicial contra calificación registral, el procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

R. 28 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8142)

Suspende la inmatriculación de una finca mediante título público de adición de herencia, porque consta vigente el asiento de presentación de otra escritura de venta en la que se aportó la misma representación gráfica catastral de la finca, correspondiente a determinadas parcela y polígono. El título presentado previamente está pendiente de inscripción, habiendo sido prorrogado su asiento de presentación conforme al artículo 327 LH, al haber recaído resolución estimatoria del recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador relativa precisamente a la identidad de la finca con la parcela catastral.

El principio de prioridad del artículo 17 LH otorga preferencia al título primeramente ingresado en el Registro, exigiendo que los registradores despachen los documentos relativos a una misma finca por riguroso orden cronológico de presentación al Diario (salvo que fuesen compatibles entre sí).

R. 11 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8713)

Admite la inmatriculación de dos fincas, por la vía del artículo 205 LH, mediante escritura de aceptación de herencia y entrega de legado, complementada mediante acta de notoriedad en la que el notario declara ser notorio en el término municipal que la causante era tenida por dueña, desde hace más de un año, en pleno dominio y con carácter privativo.

Aunque la testadora legaba en su testamento sólo determinada casa, se incluye en la entrega de legado también un terreno anexo a ella. La Dirección no lo considera defecto. El centro de gravedad en la interpretación de los testamentos radica en la voluntad del testador (artículo 675 Cc). En este caso debe ser válida la interpretación testamentaria realizada por los herederos y legatarios de común acuerdo, resultando de la descripción del título la vinculación de ambas fincas registrales que constituyen unidad física. Tampoco es defecto en hecho de que la testadora hubiese legado la participación que le correspondiere en las fincas y, sin embargo, según la declaración de notoriedad le correspondiere el pleno dominio, lo cual debe prevalecer.

Por otro lado, se cumple con la exigencia de la Dirección de que las actas de notoriedad para inmatriculación por título público incluyan el juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha (en este caso, “desde hace más de un año”).



MEDIOS DE PAGO

R. 12 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5643)

Deniega la inscripción de una dación en pago de deudas, en la cual la mercantil deudora reconoce adeudar determinada cantidad a la sociedad acreedora por razón de un crédito adquirido por ésta como aportación no dineraria en un aumento de capital. La parte acreedora no es entidad de crédito, por lo cual no es aplicable la especial normativa de supervisión y prevención del fraude fiscal prevista para tales entidades.

La Dirección recuerda su doctrina. El reconocimiento de deuda es un negocio por el que se asume y fija una obligación preexistente, cuyo efecto procesal es dispensar de la prueba de ésta (S TS 17 noviembre 2006). No produce efecto extintivo de la misma, salvo que venga acompañado de una novación extintiva. Nuestro sistema no admite negocios abstractos, por lo que el reconocimiento debe tener causa, la cual además, si no se expresa, no gozará de la presunción de existencia y licitud del artículo 1277 Cc. En realidad el negocio jurídico objeto de inscripción es el reconocimiento, pero debe existir una previa causa de la deuda (préstamo, crédito...), de modo que debe acreditarse el efectivo desplazamiento patrimonial que la constituye, puesto que la obligación de acreditar los medios de pago se aplica a todos los "actos y contratos onerosos" con contraprestación en dinero.

En el supuesto resuelto, el origen de la deuda no está en su cesión a la sociedad, que da lugar a una mera novación subjetiva por cambio de acreedor (artículos 1203-3 y 1212 Cc). Independientemente de que estemos o no ante un contrato de apertura de crédito en sentido estricto instrumentado o no en cuenta corriente (contrato reconocido por la jurisprudencia, que es consensual y bilateral) o ante un verdadero préstamo (real y unilateral), lo cierto es que se produjo, no ya una mera disponibilidad, sino una verdadera entrega de dinero, por lo que deberán acreditarse los medios de pago correspondientes al importe de la deuda inicial.

MENCIONES

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6158)

Suspende la inscripción de la rectificación descriptiva de un monte, que se pretende por parte de la Administración autonómica titular, consistente en la supresión de la constancia de un enclavado, que no está inmatriculado, pero se menciona en la inscripción del monte: la ermita románica de la Virgen de Iguacel, propiedad del Obispado de Jaca.

Dado que, tras la reforma del artículo 5 RH por RD 1867/1998, se admite la inscripción de los templos destinados al culto católico, nos encontramos ante una mención de derecho susceptible de cancelación. Sin embargo, se deniega la supresión del enclavado en la descripción del monte, porque la existencia del enclave supone que en su día su superficie quedó excluida de la inmatriculación del monte, de modo que la inscripción de esta porción a favor de la Administración requiere la utilización de alguno de los medios inmatriculadores previstos en la legislación hipotecaria, sin que sea suficiente la mera constancia en el Catastro de la titularidad pretendida. Podrán utilizarse: el procedimiento del artículo 206 LH; y también el deslinde administrativo del que resulte la inexistencia de enclavados.

OBRA NUEVA

R. 13 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 142)

Deniega la inscripción de una escritura actual que declara una obra, con antigüedad de 2006 según Catastro, porque se asienta en suelo calificado como Área Natural de Especial Interés, lo que determina su calificación como suelo no urbanizable de especial protección, según Ley 1/1991 de Espacios Naturales y Régimen Urbanístico de las Áreas de Especial Protección de las Islas Baleares.

El artículo 65-3 de la Ley 10/1990 de Disciplina Urbanística (aplicable entonces y sustancialmente idéntico al actual artículo 154 de la Ley 2/2014 de Ordenación y Uso del suelo) declara inaplicable plazo alguno de prescripción de infracciones urbanísticas sobre este tipo de suelo, de modo que no es posible consolidar obras por antigüedad ni inscribirlas (artículo 28-4 LS).

Todo ello sin perjuicio de obtener una resolución de la Administración urbanística que, con los mayores medios de prueba de que dispone, declare la situación de fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación por transcurso de los plazos de restablecimiento de la legalidad de la edificación, bien porque se compruebe una mayor antigüedad suficiente, bien porque el suelo no fuese de especial protección.

R. 19 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3191)

Suspende la inscripción de un acta de fin de obra, por falta de depósito registral del libro del edificio.

A las obras para las que se solicitó licencia antes del 6 mayo 2000 (fecha de entrada en vigor de la LOE) se les aplica la exigencia sustantiva de entregar a los usuarios el libro del edificio. Y el actual artículo 202 LH exige el archivo registral del mismo para todo documento presentado desde la entrada en vigor de la Ley 13/2015, aunque la obra se hubiese terminado antes. Y todo ello siempre que no exista norma autonómica sustantiva que exima de la obligación de aportar el libro.

En este supuesto no hay norma que exima en la legislación canaria; y la obra se inició y terminó bajo la vigencia de la LOE.

R. 26 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3647)

Suspende la inscripción de una declaración de obra terminada de edificio destinado a comercio alimentario, que incorpora certificado técnico acreditativo de la terminación de la obra y su adecuación al proyecto, y a la cual se acompaña declaración responsable -en modelo normalizado- ante entidad urbanística colaboradora, realizada al amparo de la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas de la Ciudad de Madrid. La Dirección exige acto administrativo municipal expreso de autorización, conformidad o aprobación relativo a la edificación declarada.

La Ley 2/2012 de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid parte de la normativa estatal, pero introduce un régimen flexible de intervención administrativa en las actividades de comercio minorista y otros servicios, utilizando para ello la declaración responsable. Este título también está previsto en la normativa básica estatal; pero la novedad autonómica estriba en la aplicación de esta figura, no sólo en la habilitación de usos y actividades, sino

también en el propio acto de la edificación, cuando su destino sean las actividades mencionadas.

En el marco de esta Ley autonómica, la citada Ordenanza municipal, configura la declaración responsable como medio de intervención general, pasando la licencia a ser medio residual sólo exigible en los supuestos que afecten a la seguridad o el medio ambiente. Pero esta Ordenanza es aplicable sólo a actividades económicas (no residenciales, dotacionales o urbanísticas); y además excluye del régimen de declaración responsable las obras que requieran proyecto de edificación.

Por su parte, el artículo 28-1 de la LS estatal contempla la admisión de la declaración responsable como sustituta de la autorización administrativa que garantice que la edificación reúne las condiciones para su destino al uso previsto por las normas. Sin embargo, no se contempla esta alternativa para el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5028)

Admite la inscripción de una obra, declarada por la vía del artículo 28-4 LS por transcurso del plazo de 5 años aplicable para la prescripción de posibles infracciones urbanísticas, consistente en una vivienda unifamiliar, respecto de la cual la parte declarante manifiesta haber sido autopromotor, que va a destinar la vivienda a su uso personal y que, por ello, no es exigible la constitución del seguro decenal.

El registrador entiende que, al tener la obra menos de diez años de antigüedad, para exonerarse de la constitución del seguro, es necesario acreditar que desde su finalización ha sido ocupada por los declarantes y manifestar que su intención es seguir ocupando la vivienda.

Sin embargo, la Dirección entiende también aplicable a las obras "antiguas" su doctrina de que, al tiempo de la declaración de la terminación de una obra, el uso propio es un hecho futuro, de modo que bastará para su acreditación la declaración del otorgante, siempre que no resulte desvirtuada por ningún otro elemento documental contradictorio, siendo únicamente en el momento de la enajenación cuando la mera manifestación del promotor-vendedor resultaría insuficiente, debiendo entonces acreditarse el uso propio mediante prueba documental adecuada (como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento...)

R. 10 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5638)

Admite la inscripción de un acta de finalización de obra. Consta inscrita la obra en construcción ocupando 212 metros cuadrados de una finca de 570 metros en total. Ahora el acta de fin de obra incorpora una representación gráfica consistente en un plano elaborado por técnico competente, según la cual la superficie de parcela ocupada por la finca es también de 212 metros, si bien la finca mide 632 metros.

La Dirección recuerda su doctrina. La obligación de georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación se exige hoy para toda declaración de obra, si bien no es necesario hacerlo en el concreto formato GML, por ser también válido aportar una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla. Sólo será obli-

gatorio georreferenciar la finca sobre la que se alza la obra, cuando el registrador albergue dudas de que la porción edificada esté ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la se declara. Pero tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino que deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, y deberán referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes, o a que se encubre un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Ninguna de estas circunstancias resulta de la calificación ni de la documentación aportada en el caso resuelto, en el cual además existe correspondencia entre la superficie expresada en la descripción literaria de la edificación en el título, y la que resulta de las coordenadas aportadas.

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5640)

Admite la inscripción de una escritura en la que se vende una parcela de terreno sobre la que existe -según el título y el Catastro- una nave que no consta inscrita.

La registradora entiende que no es necesaria la previa inscripción de la obra nueva, pero que para inscribir la transmisión de la finca tal y como consta inscrita, debería haberse solicitado la inscripción parcial.

Sin embargo, para la Dirección, la exigencia de petición expresa de las partes como requisito de la inscripción parcial (artículo 19 bis LH) tiene como presupuesto que la parte rechazada afecte a la esencialidad del contrato. No será necesaria la solicitud expresa y podrá practicarse de oficio la inscripción parcial por el registrador, siempre que no exista perjuicio para nadie, cuando el defecto afecte a sólo alguna de las fincas, a parte de ella, o a derechos independientes objeto del mismo negocio (ya que la presentación de un documento en el Registro implica la petición de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse).

R. 29 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8146)

Suspende la inscripción de un acta de fin de obra de vivienda unifamiliar destinada a uso propio del promotor y sita en Castilla-La Mancha, porque no se aporta el preceptivo libro del edificio.

Es doctrina de la Dirección exigir el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito y salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuese exigible.

En el supuesto resuelto, resulta aplicable el artículo 7 del D 81/2007 por el que se regula el Libro del Edificio para edificios destinados a vivienda en Castilla-La Mancha, el cual establece la obligación del promotor de formalizar dicho libro, sin excepción alguna para los supuestos de autopromoción.

OPCIÓN

R. 22 enero 2018 (BOE 29, 1-II-18: 1390)

Admite la cancelación de dos anotaciones preventivas de embargo posteriores a la inscripción de un arrendamiento con opción de



compra. La cancelación se pretende como consecuencia del ejercicio de la opción, resultando que una parte del precio pactado se imputa a las rentas satisfechas durante la vigencia del arrendamiento, y la parte restante se abona mediante cheque bancario destinado a la satisfacción y cancelación de una hipoteca inscrita antes que la opción.

Es doctrina consolidada que la trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de éstas (art. 175-6 RH). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción, en favor de los titulares de cargas no preferentes. En concreto, la Dirección admite deducir de la cantidad a consignar el importe de la prima de opción, si consta en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción sería deducible al ejercitar ésta. También es deducible el importe de las cargas anteriores a la opción cuando sean pagadas o asumidas por el optante.

En el supuesto calificado, resulta debidamente configurada la imputación de las cantidades satisfechas durante la vigencia del arrendamiento, lo cual está publicado por el Registro y es oponible a terceros. En cuanto a la cantidad restante, ciertamente no hay inscrito ningún pacto similar. Ahora bien, en la escritura de ejercicio de la opción dicha parte del precio se paga mediante cheque bancario nominativo emitido a favor de la entidad acreedora para la cancelación de la hipoteca preferente, la cual es otorgada precisamente en el número anterior de protocolo. La hipoteca es preferente no sólo a la opción de compra, sino también a las anotaciones de embargo posteriores. El pago no se le ha hecho al vendedor, sino directamente al acreedor. No puede pretenderse que, habiéndose pagado y cancelado la hipoteca, se exija además la consignación de su importe.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 12 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1024)

Consta practicada anotación preventiva de embargo sobre un derecho de arrendamiento financiero con opción de compra. El interesado presenta recurso alegando que se ha practicado la anotación sólo sobre la opción de compra, lo cual no es correcto por tratarse de un negocio complejo e inescindible. Sin embargo, la Dirección desestima el recurso: realmente la anotación se ha practicado sobre todo el negocio; y por otro lado, es doctrina consolidada que el recurso sólo procede contra calificaciones negativas, pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 15 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1028)

La comunicación realizada por el notario autorizante a la Federación Española de Municipios y Provincias, al amparo del acuerdo entre dicha Federación y el Consejo General del Notariado, relativo a la gestión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, no es suficiente a efectos de levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 LH.

Esta Federación es una asociación voluntaria de entes locales, que por tanto no es administración pública. El Consejo del Notariado

es una corporación de Derecho público. Pero lo trascendente es que ninguna de ambas partes tiene la condición de administración tributaria. Lo que hay que acreditar es la recepción por el Ayuntamiento. Y no hay inconveniente en que la comunicación se realice personalmente, justificando el envío por correo certificado (R. 3 junio 2013), o telemáticamente siempre que el Ayuntamiento tenga habilitado este medio y no existan dudas de la recepción por él.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

R. 24 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1586)

R. 13 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8723)

Exponen la doctrina de la Dirección sobre eficacia de las prohibiciones de disponer, distinguiendo:

-Prohibiciones voluntarias. Se regulan por los artículos 26, 27 y 42-4 LH. Su anotación cierra el Registro a los actos dispositivos voluntarios posteriores a la inscripción de la prohibición, pero no impiden la validez e inscribibilidad de los actos anteriores a la prohibición (artículo 145 RH). La finalidad de estas prohibiciones es evitar la inscripción del acto realizado por quien carece de poder de disposición, y por ello no afectan a actos anteriores donde este poder aún no estaba limitado. Ahora bien, la inscripción de los actos dispositivos anteriores presentados después de inscribir la prohibición de disponer, no comporta la cancelación de la propia anotación de prohibición, sino su arrastre, de modo que corresponderá al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la anotación, pedir el levantamiento de ésta, de forma similar a como pasa con las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio. Por otro lado, tampoco cierran el Registro a las enajenaciones forzosas, en virtud de procedimientos de apremio o de condena, judiciales o administrativos.

-Prohibiciones dictadas en procedimientos judiciales civiles. Su régimen es el mismo de las voluntarias, más las normas de la LEC, que las configuran como una medida cautelar cuya finalidad es asegurar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, teniendo el juez amplia libertad para determinar su alcance y contenido (las medidas cautelares del artículo 727 LEC no son un "numerus clausus").

-Prohibiciones decretadas en procesos penales y expedientes administrativos (por ejemplo, fiscales como el del supuesto). En lugar de la interpretación literal del artículo 145 RH, se les aplica el principio de prioridad del artículo 17 LH, de modo que su anotación cierra en Registro incluso a los actos anteriores si se presentan después. En estas prohibiciones hay un componente de orden público: la seguridad económica del deudor no puede prevalecer sobre los intereses públicos.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 13 junio 2018 suspende la inscripción de una escritura de aumento de capital mediante la cual se aportan a la sociedad determinados inmuebles. Entre la fecha de la escritura y su presentación al Registro de la Propiedad, se ha practicado una anotación preventiva de prohibición de disponer a favor de la Agencia Tributaria, conforme a lo previsto en el artículo 170-6 LGT.

-La R. 24 enero 2018 suspende la inscripción de una escritura de aumento de capital al que se aportan fincas sobre las que consta previamente inscrita una prohibición de disponer dictada en proce-

dimiento civil. Ciertamente la prohibición del supuesto resuelto ha sido acordada en un procedimiento civil, pero aun así se deniega la inscripción del acto dispositivo calificado, porque la presentación en el Registro del mandamiento que ordena inscribir la prohibición ha sido anterior, no sólo a la presentación de la escritura de ampliación de capital, sino incluso al otorgamiento de la misma.

R. 21 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4706)

Admite la inscripción de una escritura de donación otorgada por quienes habían adquirido previamente la finca como legatarios de una tía suya, en cuyo testamento se establecía “la prohibición expresa de que no sea vendida mientras vivan los citados legatarios”.

La Dirección no descarta que la verdadera voluntad de la causante (criterio interpretativo prevalente según el artículo 675 Cc) fuese la de prohibir a los legatarios la disposición a título gratuito inter vivos, de modo que no hubiese ordenado el legado de haber sabido que los legatarios donarían la finca legada; pero tal hipótesis sólo puede ser apreciada judicialmente. Entre tanto, no puede prevalecer la interpretación presunta de la voluntad del causante que realiza el registrador. El principio de libertad de tráfico (artículo 348 Cc) exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad sean interpretadas de forma restrictiva.

PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 17 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1031)

Deniega la inscripción de un acuerdo de junta de propietarios en propiedad horizontal, por el cual se decide crear trasteros de uso privativo para ciertas viviendas, sobre una azotea que es elemento común pero de uso privativo de un determinado elemento. Vota expresamente en contra de acuerdo el propietario afectado.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. En general, no hay inconveniente en configurar como anejo de las viviendas o locales el derecho de uso exclusivo de elementos comunes, siempre que queden suficientemente identificados, tanto el derecho de uso como el objeto sobre el que recae. Por otro lado, dentro de la propiedad horizontal, hay que distinguir entre: actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario y en cuya adopción cabe aplicar la unanimidad presunta (desafectación y venta de determinados elementos comunes; vinculación “ob rem” de los trasteros como anejos de las viviendas; determinadas modificaciones de estatutos; y por otro lado, actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, que requieren consentimiento individualizado de los titulares (especificación del trastero que corresponde a cada piso; conversión de elemento privativo en común).

El acuerdo debatido es al mismo tiempo acto colectivo e individual. La supresión de un derecho de uso privativo sobre elemento común es una modificación del título constitutivo que presupone el acuerdo unánime de todos los propietarios en junta (sin que se pueda aplicar la mayoría disminuida de tres quintos prevista para el establecimiento de servicios comunes de interés general, porque la creación de los trasteros afecta sólo a ciertos propietarios). Al mismo tiempo, sería preciso el consentimiento individualizado de todos los propietarios en cuyo provecho se crean los trasteros, así como del propietario privado del derecho de uso, que en este caso se opone.

R. 15 febrero 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2733)

En su día se inscribió una escritura por la que se declaró la obra nueva en construcción de cuatro viviendas sobre un solar descrito como destinado a la construcción de ocho viviendas en total. En una posterior escritura de desafectación y modificación de propiedad horizontal, el propietario único constituyó un nuevo elemento -número cinco-, como solar destinado a la construcción de las otras cuatro viviendas. En ambas escrituras se califica la situación configurada como propiedad horizontal tumbada. Ahora se debate la inscripción de declaración de obra de las cuatro viviendas sobre el solar número cinco, creando una subcomunidad, cuya cuota es del 50% dentro de la propiedad horizontal general.

En contra de la calificación, entiende la Dirección que la previa desafectación del vuelo del solar como elemento común ya consta en el Registro, en el que de hecho se le abrió folio como finca independiente.

En la práctica, el nombre de “propiedad horizontal tumbada” se aplica también indebidamente a situaciones que realmente responden al concepto de complejo inmobiliario. Para la Dirección, la diferencia básica entre ambas figuras radica en el régimen organizativo de la propiedad:

-En el complejo inmobiliario existen dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyos titulares participan en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios (artículo 24 LPH). El destino principal de las edificaciones o parcelas independientes ya no tiene que ser el de viviendas o locales; y se exige autorización administrativa para la constitución del complejo (artículo 26-6 LSRU). Es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una sola finca registral (artículo 26-4 LSRU).

-Por el contrario, en la propiedad horizontal tumbada se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer suelo y vuelo como elementos comunes, sin fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación.

La S TS 18 octubre 2013 declara que en todo caso, el vuelo y el subsuelo de los edificios en propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario, son elemento común y están fuera de la propiedad privativa de cada copropietario. Ahora bien, en el título calificado se acredita la obtención de la preceptiva licencia administrativa. Por otro lado, no es necesaria reserva expresa de la facultad de edificar, autorización de junta, ni disposición estatutaria concreta para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal general consistente en la creación de cuatro nuevos departamentos, porque el solar número cinco nació sólo con ese fin, siendo el derecho a la construcción inherente y consecuencia del nacimiento del solar como elemento privativo.

No obstante, la inscripción se deniega porque la justificación formal del acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios en relación con la operación documentada, no es completa, porque no se acreditan las facultades del certificante mediante testimonio del libro de actas, o mediante certificación expedida por el secretario con aseveración notarial -con referencia al libro de actas- de hallarse el secretario en el ejercicio de su cargo. Aunque el notario autorizante de la escritura indica que la junta fue universal y que él mismo



levantó acta de sus acuerdos, tal acta no se ha aportado, por lo que no puede calificarse el régimen de mayorías necesario para adoptar los acuerdos.

R. 21 febrero 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3262)

Un elemento originalmente privativo fue declarado por sentencia firme como elemento común de la propiedad horizontal, si bien la junta de propietarios lo configuró a continuación mediante acuerdo expreso como elemento procomunal (artículo 4 LPH), manteniendo su carácter privativo pese a su destino común, y atribuyendo el dominio a cada uno de los titulares del régimen en proporción a su cuota.

Ahora se suspende la inscripción de una escritura de venta del citado elemento, otorgada por el presidente de la comunidad en ejecución de un acuerdo de junta. Para inscribir la venta de este departamento es preciso el consentimiento individual de quienes aparecen en la inscripción como titulares del dominio.

R. 23 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4715)

Deniega la rectificación descriptiva de dos edificaciones, elementos privativos de una propiedad horizontal, que supone una alteración considerable en los usos (de restaurante a recepción y viceversa), superficies (que se aumentan, en detrimento de las superficies comunes), linderos y elementos constructivos.

Los actos de modificación del título constitutivo requieren unanimidad, pero la Dirección recuerda su doctrina que distingue entre:

-Actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario. Son inscribibles en virtud de certificación de junta de propietarios con unanimidad de asistentes y notificación (sin oposición) a los no asistentes. Casos: desafectación y venta de determinados elementos comunes (R. 30 noviembre 2006 en BOE 28-XII-06: 22838; R. 4 marzo 2004; R. 23 marzo 2005); vinculación "ob rem" de los trasteros a las viviendas, como anejos (R. 31 marzo 2005); determinada modificación de los estatutos (R. 5 julio 2005).

- Actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio: requieren consentimiento individualizado de los titulares, como: especificación del trastero que corresponde a cada piso (R. 12 diciembre 2002); conversión de elemento privativo en común -que requiere el consentimiento de los titulares registrales y sus cónyuges en régimen de gananciales- (R. 23 junio 2001).

Un acto como el calificado en esta resolución no entra en el ámbito de competencia de la junta como acto colectivo, sino que afecta al contenido esencial del derecho de dominio y requiere el consentimiento individualizado, expreso y real de todos los titulares registrales. El acuerdo calificado, ni ha sido adoptado por unanimidad, ni consta el consentimiento expreso de uno de los titulares afectados por la modificación que se hace en su elemento privativo.

R. 3 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5027),

Suspende la inscripción de una escritura de cesión unilateral y gratuita de un departamento privativo integrante de una propiedad horizontal, a favor de la comunidad de propietarios.

La Dirección reitera su doctrina sobre aptitud de las comunidades de propietarios para ser titulares de bienes tras la Ley 13/2015, que modifica el actual del artículo 9 LH, en el sentido de permitir, no ya sólo practicar anotaciones preventivas, sino también inscripciones a nombre de patrimonios separados que legalmente sean susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones. Es doctrina tradicional que la falta de personalidad jurídica de la comunidad horizontal impide inscribir a su nombre el dominio de bienes inmuebles, si bien es objeto de consideración unitaria para ciertos efectos legales por la existencia de un patrimonio separado colectivo. Así: puede ser titular de fondos y créditos comunes (artículos 9-1-f y 22-1 LPH); obligaciones (artículos 10-1 y 22-1 LPH); arrendamiento de elementos comunes (artículo 17-1ª-2 LPH); también tiene capacidad procesal para ser demandante y demandada (artículo 13-3 LPH); y como proyección de esto, puede ser titular de anotaciones preventivas de embargo y de demanda. Pero ahora la Dirección añade que pueden inscribirse bienes a nombre de la comunidad en propiedad horizontal, porque, admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, la inscripción debe reputarse situación excepcional o transitoria, porque no es finalidad de la comunidad en propiedad horizontal ser titular permanente de bienes, sino que esta situación debe hacer tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los propietarios según sus cuotas, o a su conversión en elemento común.

En el supuesto resuelto, la inscripción del título daría lugar a una situación de titularidad no excepcional ni transitoria. En consecuencia, se confirma la calificación negativa, que propone como posibles vías de subsanación la adición de la finca adquirida a los elementos comunes, o la inscripción a favor de los copropietarios en proporción a sus cuotas.

Por otro lado, toda atribución a título gratuito exige aceptación del beneficiario, debiendo constar en escritura pública la donación de inmuebles y su aceptación, como requisito de validez (artículo 633 Cc). Por ello, también se confirma la calificación en cuanto exige aceptación de la comunidad, representada por su presidente en los términos del artículo 17 LPH.

Finalmente, hay que acreditar la presentación de la autoliquidación de la plusvalía municipal, siendo irrelevante que la escritura se haya otorgado antes de la vigencia de la Ley 16/2012, que establece el cierre registral previsto en el actual artículo 254 LH, norma procedimental y por tanto, de aplicación retroactiva.

R. 12 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5644)

El título calificado es un mandamiento judicial que ordena: anotar un embargo por deudas procedentes del impago de gastos comunes de propiedad horizontal; y hacer constar la preferencia de tal crédito frente a una hipoteca previamente inscrita a favor de una entidad de crédito sobre una de las fincas embargadas.

Habida cuenta de que, con posterioridad a la hipoteca, constan también inscritas anotaciones de embargo a favor de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el registrador inscribe el embargo solicitado, pero suspende la constancia registral de la preferencia del crédito a favor de la comunidad, por no haber sido demandados los titulares de las citadas cargas intermedias.

Sin embargo, la Dirección revoca la calificación y admite que se haga constar también la preferencia. Es doctrina consolidada que la LPH no da a esta preferencia carácter real (se limita a caracterizarla como un crédito preferente, a efectos del artículo 1923 Cc), ni es una hipoteca legal tácita (el artículo 158 LH sólo admite como tales las admitidas expresamente por la Ley con tal carácter), de modo que su acceso al Registro de la Propiedad sólo puede producirse mediante resolución judicial donde hubieran sido parte todos los interesados. Fuera de tal caso, el efecto natural de esta preferencia es sólo permitir a la comunidad ejercitar una tercería de mejor derecho con ocasión de la ejecución de cualquier derecho inscrito antes, pero no para adelantarle en rango, sino para cobrar con preferencia. Por otro lado, el artículo 9-1-e LPH distingue en párrafos separados entre: la afección del inmueble respecto del adquirente de un departamento; y la preferencia del crédito de la comunidad respecto de otros créditos sobre el mismo inmueble, procediendo la constancia en el asiento de anotación preventiva de demanda del carácter real de dicha preferencia, siempre que resulte de un procedimiento judicial en el que hubiesen sido parte todos los interesados. La resolución judicial fijará el momento desde el que retrotraer la preferencia, concretándolo únicamente en la parte vencida de la anualidad en curso más las que se deban de los últimos tres años.

En el supuesto resuelto, estamos en el segundo supuesto del artículo 9-1-e. El mandamiento calificado ordena la constancia registral, no del carácter privilegiado del crédito en el plano obligacional, sino de su alcance real, si bien concretado exclusivamente en la postergación de la hipoteca a favor de la entidad de crédito, pero no en la de los créditos previamente anotados por Hacienda y la Seguridad Social, a los cuales no alcanza la preferencia -relativa y limitada- que, para los créditos de la comunidad, establece el artículo 1923 Cc únicamente respecto de los créditos señalados en sus apartados 3º, 4º y 5º. Por este motivo, carece de fundamento la exigencia de demandar a los titulares de estas cargas intermedias en un procedimiento en el que no se ejerce pretensión alguna frente a ellos y cuyas consecuencias no pueden alcanzarles.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6329)

Deniega la inscripción de una escritura de declaración de ampliación de obra de una casa preexistente -justificando la prescripción de la acción urbanística- y división horizontal tumbada de la misma en dos viviendas. La mera declaración o ampliación de obra estaría amparada por el régimen del artículo 28-4 LS; pero la división en dos viviendas exige licencia municipal, porque así lo impone el artículo 151 Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid para todos los actos de división de fincas, las obras de edificación y las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios preexistentes.

En línea con la jurisprudencia de la AP Madrid (S 18 marzo 2016, S 3 octubre 2008), si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material, incompatible con la unidad jurídica de la finca, suponiendo una alteración del uso de la edificación, como ocurre cuando se pasa de vivienda unifamiliar a vivienda colectiva (situación en que hay varias viviendas sobre una misma unidad parcelaria), debe exigirse la licencia, a tenor del artículo 151 de la Ley madrileña y del artículo 26 LS estatal, o bien declaración municipal de innecesariedad.

R. 11 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7108)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos de junta de propietarios, por los que se modifican los estatutos de la

propiedad horizontal. Tras la adopción del acuerdo han accedido al Registro nuevos titulares de departamentos.

Las modificaciones del título constitutivo no pueden afectar a los titulares de departamentos que adquirieron después del acuerdo de modificación pero inscribieron su derecho antes de la presentación de dicho acuerdo; y todo ello con independencia de que se trate de un consentimiento emitido como acto colectivo de la junta o como acto individualizado. El consentimiento unánime exigido por el artículo 5 LPH debe ser no sólo de quienes fueran propietarios a la fecha de adopción del acuerdo, sino de los que sean titulares al tiempo de su presentación al Registro.

R. 22 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7675)

Consta inscrita una finca como dividida en régimen de propiedad horizontal, constituida por tres edificaciones privativas destinadas a vivienda y por terreno común. Ahora se admite la inscripción de una escritura otorgada por todos los propietarios mediante la cual: se cede gratuitamente a uno de los propietarios el derecho a construir una edificación sobre una determinada parte del terreno común; el cesionario declara simultáneamente la obra terminada; la edificación se describe como un nuevo elemento independiente, modificando la propiedad horizontal y redistribuyendo las cuotas. No es precisa la previa inscripción de la desafectación del terreno común edificado, y del derecho o título material que habilita para ello.

En este supuesto estamos ante una propiedad horizontal -y no ante un complejo inmobiliario-, porque se conserva la unidad del suelo. En consecuencia, se caracterizan como elementos comunes todos aquéllos a los que no se les ha atribuido el carácter de privativos y, entre ellos, el suelo y el vuelo. Pero la configuración del terreno como elemento común no impide la atribución de la nueva edificación como elemento privativo, pues tal es el esquema de la regulación legal, lo que excluye la necesidad de previa desafectación.

Aceptada la posibilidad de declarar una obra sobre una porción determinada de suelo común, es preciso un título que justifique que lo edificado se inscriba a nombre de uno solo de los propietarios. En el documento calificado dicho título está debidamente expresado: todos los propietarios atribuyen a uno de ellos, con causa gratuita, la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejerce en el mismo acto mediante la declaración de obra terminada.

R. 1 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8476)

Deniega la inscripción de una escritura por la que los propietarios de una vivienda unifamiliar sita en Madrid la dividen horizontalmente en dos, adjudicándose una cada uno por título de extinción de condominio. Debe aportarse licencia municipal de división o declaración de innecesariedad.

Es doctrina de la Dirección que corresponde a cada Comunidad Autónoma determinar qué actos urbanísticos están sujetos a licencia; y corresponde al Estado determinar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de licencia para que el acto tenga acceso al Registro (S TC 20 marzo 1997). Por ello, la regla del artículo 53-a RD 1093/1997 -que exige licencia para constituir más elementos independientes de los que se hubieran hecho constar en la declaración



de obra nueva- no puede considerarse absoluta o genérica, sino que dependerá de la normativa autonómica sustantiva.

Con independencia de la acreditación de antigüedad de la vivienda, que podría servir para apreciar la prescripción de la acción urbanística en una declaración de obra (artículo 28-4 LS), la división de una vivienda en varias exige licencia municipal, porque así lo impone el artículo 151 Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid para todos los actos de división de fincas, las obras de edificación y las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios preexistentes. En línea con la jurisprudencia de la AP Madrid (S 18 marzo 2016, S 3 octubre 2008), si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material, incompatible con la unidad jurídica de la finca, suponiendo una alteración del uso de la edificación, como ocurre cuando se pasa de vivienda unifamiliar a vivienda colectiva (situación en que hay varias viviendas sobre una misma unidad parcelaria), debe exigirse la licencia, a tenor del artículo 151 de la Ley madrileña y del artículo 26 LS estatal, o declaración municipal de innecesariedad.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 11 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 73)

Deniega la expedición de una certificación literal solicitada por quien no es ni ha sido titular registral del dominio o cualquier otro derecho real sobre la finca. Lo solicitado es una certificación literal de asiento no vigente, en la que se incluya el precio por el que vendió un titular anterior.

En cuanto a la constancia del precio de venta en la publicidad registral, la Dirección lo admite, pero sólo en estos casos: cuando todas las partes de la operación hayan sido personas jurídicas o empresarios (a quienes no se les aplica la normativa sobre protección de datos); cuando a juicio del registrador dicho dato esté incluido en la publicidad de carácter “tráfico jurídico inmobiliario”; cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación establecido en norma con rango de ley; o cuando la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, conforme a las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación de su valor. Al emitirse la calificación recurrida en este supuesto, no constaba que se tratase de ninguno de los citados casos. Por ello, en fase de recurso no puede ser tenida en cuenta la alegación de un interés que sería admisible en una nueva solicitud: averiguar si la masa de la herencia a la que ha sido llamado el solicitante se ha visto mermada mediante ventas fraudulentas.

Por lo demás, la Dirección recuerda su doctrina general (que se reproduce en la mayoría de las resoluciones de este epígrafe). El interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo, conocido y legítimo; además debe probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que según Instrucción DGRN 17 febrero 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán

ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos, lo cual debe tenerse muy en cuenta respecto de peticiones de publicidad relativas al historial registral no vigente. Es el Registrador quien debe calificar, no sólo si procede o no expedir la información, sino también qué datos deben incluirse en ella.

R. 9 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1016)

Es la continuación del mismo supuesto de la resolución anterior. Ahora la certificación es solicitada por un abogado en nombre del mismo interesado, alegando que la finalidad de la solicitud es interponer una demanda testamentaria. Sin embargo, la Dirección vuelve a denegar la certificación, porque la acreditación del interés legítimo alegado exige a su vez acreditar que se tiene la condición de heredero de la anterior titular registral.

R. 23 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1583)

Admite la expedición de una certificación solicitada telemáticamente, desestimando los tres obstáculos de la calificación.

En el supuesto resuelto, la representación del abogado solicitante se presume acreditada, por ser uno de los tipos de profesionales incluidos en la enumeración del artículo 323-3 RH. Se considera suficiente la motivación alegada en la solicitud: aportación de la certificación a un concreto expediente administrativo tramitado ante la Demarcación Provincial de Costas, según se justifica documentalmente. La legitimación notarial de su firma no es el único modo de satisfacer la exigencia de identificación del solicitante, sino que puede admitirse cualquier otro que cumpla igualmente con dicha finalidad, ya sea por medios físicos o telemáticos, como ocurre con la instancia del supuesto, que ha sido remitida con la firma digital del solicitante a la sede electrónica del Colegio de Registradores.

R. 21 febrero 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3263)

Deniega la expedición de certificación literal del historial registral de varias fincas, en virtud de solicitud que no las describe de manera adecuada para su imprescindible identificación registral (sólo se indican los números de policía de las parcelas según plano urbanístico) y que no incluye la expresión de ningún motivo, causa o finalidad de la información solicitada.

R. 27 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3648)

Admite la inclusión del precio de una compraventa que causó asiento a favor de un titular anterior, en una solicitud de publicidad presentada por quien, aun no habiendo sido parte en aquella venta, acredita ser causahabiente del vendedor y ser parte en un juicio donde se discute la validez y eficacia de la transmisión.

Es doctrina de la Dirección admitir la inclusión del precio de un inmueble en la publicidad registral en estos casos: cuando todas las partes de la operación hayan sido personas jurídicas o empresarios (a quienes no se les aplica la normativa sobre protección de datos); cuando a juicio del registrador dicho dato esté incluido en la publicidad de carácter “tráfico jurídico inmobiliario”; cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación establecido en norma con rango de ley; o cuando la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, conforme a las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como

dudosos, previa estimación de su valor. En virtud del artículo 222 LH, el interesado tiene derecho a solicitar la exhibición directa del libro donde consta inscrita la finca, pero con la importante matización de que la exhibición no puede ser del libro físico, sino de su reproducción, en lo necesario para satisfacer el interés legítimo del solicitante, excluyendo los asientos que no se refieran a la descripción de la finca así como los datos personales protegidos por la LPD.

R. 3 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5026)

Admite la emisión de una nota simple informativa, desestimando todos los defectos de la calificación. Siendo un abogado quien firma la solicitud, el artículo 332-3 RH dispensa a este tipo de profesionales de acreditar su representación. La solicitud está motivada de acuerdo con una de las finalidades institucionales del Registro: investigación jurídico-económica sobre créditos, solvencia o responsabilidad.

No existe ningún modelo oficial normalizado aprobado por la DGRN al que se deba ajustar la instancia presentada, ni norma hipotecaria alguna que imponga su uso (lo que sí prevé el artículo 222 bis LH es un modelo de solicitud informática con los campos necesarios, previsión pendiente de desarrollo que no puede obstar al derecho de obtención de la información solicitada).

Por último, la legitimación notarial de la firma o comparecencia en la oficina del Registro no son las únicas vías de identificación del suscriptor de la instancia, de modo que la Dirección admite en este caso, además de la presentación por correo administrativo, la presentación física en el Registro de la solicitud junto con copia del DNI y del carné profesional del solicitante.

R. 17 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7186)

Deniega la expedición de certificación literal del historial registral de varias fincas, en virtud de solicitud que no las describe de manera adecuada para su imprescindible identificación registral ni expresa de forma suficientemente adecuada el motivo o finalidad de la información solicitada.

R. 11 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8716)

Deniega la expedición de una certificación del historial completo de determinada finca (desde la primera inscripción hasta la última), con solicitud expresa de constancia de “los precios de venta en que hayan sido transmitidas”, con la finalidad de investigación jurídica sobre el objeto, su titularidad o limitaciones.

En la solicitud calificada, no resulta justificado el interés patrimonial por el que se realiza la solicitud de datos sobre el precio, titularidades no vigentes y demás datos personales que constan en las inscripciones solicitadas. Ya en fase de recurso se aportan otros datos que no pudieron ser tenidos en cuenta en la calificación ni, por tanto, en el recurso, de los que resulta que la solicitud de información busca averiguar el precio de las transmisiones para aportar tal dato a un procedimiento de divorcio contra el titular en cuya demanda se solicita la determinación de la cuantía aportada por cada excónyuge al sostenimiento de la hija común, para lo que puede resultar relevante el precio de venta y la proporción en que era propietaria la demandante.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

R. 23 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1581)

Deniega la rectificación de la inscripción de una obra nueva que fue declarada como “antigua” por el procedimiento del artículo 28-4 LS, en el sentido de hacer constar que la inscripción debió haber sido practicada al amparo del 28-1 LS.

El error que se alega sería de concepto en la redacción del asiento. Este tipo de error se produce cuando, al expresar en la inscripción el contenido del título, se altera el significado de éste. Existen dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: o bien acuerdo unánime de los interesados y el registrador, o en su defecto resolución judicial; o bien actuación de oficio por el registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer (artículos 217 LH y 327 RH).

Lo cierto es que, en este supuesto, el error no resulta claramente de la inscripción, dado que la propia escritura que la causó alude a la antigüedad de la edificación y a la prescripción de la posible infracción urbanística. A falta de conformidad del registrador, habrá que acudir al juicio ordinario correspondiente (artículo 218 LH).

R. 30 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1943)

A instancias del financiador se canceló la reserva de dominio reservada a su favor en un contrato de préstamo para la compra y financiación de un vehículo, de modo que se consolidó el dominio a favor de la adquirente. Ahora el financiador quiere rectificar el Registro, alegando que padeció un error al instar la cancelación y justificando que se había ordenado judicialmente la entrega del vehículo a su favor, por lo que solicita la consolidación de la propiedad a su nombre.

La Dirección admite la rectificación pretendida. Ciertamente la cancelación de la reserva de dominio es un asiento ya practicado que, por tanto, está bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que en principio, su rectificación exige el consentimiento del titular registral y los titulares de derechos inscritos o, en su defecto, resolución judicial recaída en procedimiento entablado contra todos ellos (artículo 40-d LH). Ahora bien, de la documentación presentada resulta que el deudor había perdido la propiedad del vehículo al entregarlo al financiador en pago de cantidad y no en resolución de la venta, por lo que la cancelación se practicó en virtud de un error de concepto padecido al trasladar al Registro el contenido de los correspondientes mandamiento y diligencia de ordenación.

R. 23 febrero 2018 (BOE 60, 9-III-18: 3335)

Constan inscritas tres escrituras otorgadas antes de la vigencia de la Ley 14/1975, por una mujer casada, la cual compareció en los tres casos con su esposo, quien otorgó la preceptiva licencia marital. Primero se inscribió la compra indivisa de una finca por la esposa y sus dos hermanos varones, para sus respectivas sociedades conyugales. Después, la división material de la finca y la extinción de la comunidad sobre las parcelas resultantes, mediante la adjudicación de una a cada uno de los tres hermanos, para sus sociedades conyugales. Por último, la declaración de una obra nueva sobre la finca adjudicada a la esposa, también para su sociedad conyugal.



Ahora la otorgante pretende rectificar el contenido del Registro para hacer constar que realizó la adquisición de su cuota en la finca matriz con dinero adquirido de su padre antes del matrimonio, circunstancia que determina el carácter privativo del inmueble.

La Dirección lo deniega. Se trataría de un error de concepto en la redacción del asiento (artículo 40-c LH), cuya rectificación exige acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o providencia judicial. La comparecencia del marido en el otorgamiento de las tres escrituras referidas no suponen reconocimiento del carácter privativo de la adquisición, sino mera prestación a la esposa de la licencia entonces exigida legalmente. Tampoco se aporta prueba documental pública (artículo 95-2 RH) del carácter privativo del bien.

R. 28 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3651)

Constan en el Registro unas inscripciones que se practicaron en virtud de convenio regulador contenido en una sentencia de divorcio e instancia suscrita por ambos cónyuges. Ahora la ex esposa solicita que se anulen las inscripciones practicadas alegando que ella no firmó la instancia y que las inscripciones se produjeron como consecuencia de una modificación del convenio regulador constitutiva de delito.

La Dirección lo deniega. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales. La rectificación de asientos por existir tacha de nulidad en el título, exige consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH). La calificación y el recurso no son cauce adecuado para apreciar la existencia de delitos.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

BIENES COMUNES Y PRIVATIVOS

R. 13 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 141)

Deniega la inscripción de una escritura de extinción de comunidad en la que se adjudican varias fincas a una de las comuneras con carácter privativo, al tener también tal condición la cuota que ella ostentaba en cada una de las fincas comunes. El título sería inscribible si la privatividad inscrita resultase de prueba documental pública que acredite el carácter privativo del precio de adquisición (artículo 95-2 RH), que es lo que ocurre con todas las fincas adjudicadas a esta comunera, salvo una, respecto de la cual la cuota de la adjudicataria consta inscrita como privativa por confesión (artículo 95-4 RH). Debe entenderse que la totalidad de la finca adjudicada conserva la misma naturaleza que la titularidad originaria de la condueña adjudicataria. Por ello, debe determinarse la participación de los bienes o el bien adjudicado en pago de la participación inscrita como privativa por confesión.

R. 20 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 418)

Deniega la inscripción de una compraventa otorgada por una viuda, titular privativa por confesión de su cónyuge, con autorización de quienes se dice son sus herederas forzosas (según exige el artículo 95-4 RH), porque la determinación de quiénes son tales se hace mediante acta complementaria otorgada conforme al artículo 153 RN por el mismo notario, quien afirma

haber tenido a la vista la escritura de herencia del confesante, declarando que las autorizantes son las únicas legitimarias del confesante “por notoriedad y a la vista de la documentación aportada”.

La Dirección recuerda su doctrina. Testamento y declaración de herederos abintestato son títulos sucesorios a los efectos del artículo 14 LH; pero la Dirección establece distinto régimen para su constancia en los títulos de herencia inscribibles. En el testamento prevalece la voluntad del causante que constituye la ley de la sucesión, por ello, su calificación debe ser integral, sin que baste con relacionar sucintamente sus cláusulas. Sin embargo, en la declaración de herederos lo relevante es la constatación de los hechos de los cuales deriva la atribución legal de derechos sucesorios; de modo que la constatación documental de tales particulares puede ser hecha por el notario, bien mediante una transcripción de los mismos, bien mediante un testimonio en relación.

Esta doctrina puede aplicarse “mutatis mutandi” al supuesto resuelto. La cualidad de heredero forzoso resulta de la Ley (artículo 807 Cc). En el acta complementaria, ni se acompaña el título sucesorio, ni se especifica nada más sobre las circunstancias en que se basa la determinación de la cualidad de herederos forzosos y su notoriedad, en términos cuyo corolario sea la determinación “ope legis” de los legitimarios.

R. 22 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4711)

Consta inscrita desde 1976 la venta de una vivienda a su arrendataria, para su sociedad de gananciales. Ahora la titular pretende, mediante instancia privada, rectificar la inscripción en el sentido de hacer constar que la vivienda es privativa suya, porque la compró en ejercicio de un derecho arrendaticio privativo, al haber suscrito el contrato de arrendamiento en estado de soltera (artículo 1346-4º Cc).

En general, la rectificación exigiría el consentimiento del esposo o de sus herederos. Sin embargo la Dirección admite la rectificación pretendida porque se basa en documentos fehacientes independientes de la voluntad de los interesados: contrato de arrendamiento otorgado en fecha en que la arrendataria era soltera según su libro de familia; certificación del Ministro de Vivienda donde consta la autorización para la venta de tales viviendas “a sus arrendatarios”. La compra calificada fue realizada por razón del ejercicio de un derecho de adquisición preferente de naturaleza legal.

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CONVENIO REGULADOR

R. 14 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-17: 144)

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales subsiguiente al divorcio de los cónyuges, por falta de inscripción en el Registro Civil de la sentencia de divorcio.

En las inscripciones producidas en cualquier Registro -por tanto, también en el de la Propiedad- por los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil, denegándose la inscripción por defecto subsanable en caso de falta de acreditación (artículo 266 RRC).

R. 22 febrero 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3264)

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad posconyugal, otorgada por la exesposa y por los herederos del exesposo fallecido, pero sin intervención de la viuda de éste, con quien se había casado en segundas nupcias y a quien había legado su cuota legal usufructuaria.

Es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad posganancial, por ser parte de la comunidad hereditaria del difunto, en su condición de legitimaria, independientemente del título de atribución de su legítima (en este caso, un legado de parte alícuota en usufructo). Mientras no se parta la herencia, existe una comunidad hereditaria de la que no sólo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye también a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota. En consecuencia, mientras subsista la comunidad posganancial del fallecido, son aplicables las normas sobre la comunidad de bienes (artículo 406 Cc), lo cual exige el consentimiento unánime de todos los partícipes para la validez de los actos dispositivos sobre bienes de la herencia. Siendo necesaria la intervención de la viuda para la partición de la herencia de su esposo, lo será también para todos los actos dispositivos anteriores, como es la liquidación de una sociedad de gananciales previa, con el fin de que sus derechos no se vean perjudicados.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6155)

Publica la S firme Juzgado 1ª Instancia número 6 de Badajoz, 20 septiembre 2012, que anula la siguiente resolución:

R. 16 julio 2011 (BOE 242, 7-X-11: 15764)

Mediante documento privado de 1985 fue comprada una finca por quien se dijo casado pero no expresó el nombre de su esposa. Ahora se pretende y deniega la elevación a público mediante escritura otorgada por quien manifiesta: ser la esposa del comprador, estar hoy separada legalmente de él, y ser adjudicataria de la finca mediante auto judicial (que no se aporta) de liquidación de gananciales. La elevación a público de un documento privado debe ser realizada por quienes intervinieron en él o, caso de haber fallecido, por sus herederos. En defecto de acuerdo, podrá demandarse judicialmente la elevación a público, dirigiendo la demanda contra quien fue parte o sus herederos.

En el caso resuelto, la inscripción de la elevación a público requiere: acreditar fehacientemente el matrimonio de ambos al tiempo de otorgar el documento privado; aportar el auto de liquidación de los gananciales; y que la elevación sea otorgada o ratificada por quien fue parte o sus herederos (la esposa es causahabiente pero no heredera). La inscripción dará lugar a un supuesto de tracto abreviado, pues recogerá en un solo asiento la compra y la liquidación de gananciales.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6318)

Deniega la inscripción de un convenio regulador aprobado por sentencia de separación, en el cual se atribuye a la esposa y el hijo el derecho de uso de la vivienda familiar, que se halla inscrita con carácter ganancial, si bien en el convenio ambos cónyuges declaran que fue construida sobre terreno y con dinero privativos de la esposa, consintiendo que así se haga constar en el Registro.

Del título no se desprende con claridad si lo que se pretende es: rectificar un error de concepto (artículo 40-d LH); inscribir la vivienda como privativa de la esposa en virtud de un desplazamiento familiar causalizado; o simplemente inscribir la finca como privativa por confesión, lo cual no afectaría a legitimarios ni acreedores (artículo 1324 Cc), por contraposición a lo que ocurriría en caso de que la finca tuviese carácter puramente privativo, para lo cual haría falta acreditar el carácter privativo del dinero mediante “prueba documental pública” (artículo 95-2 RH), que no concurre en este supuesto. Todo ello, unido a las exigencias del principio de titulación auténtica (artículo 3 LH), lleva a rechazar la inscripción, a la cual se podría acceder fácilmente, una vez especificada la pretensión de que se trate, por tratarse de la vivienda familiar, que es objeto propio del convenio regulador según la doctrina de la Dirección.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6323)

Suspende la inscripción del pacto de un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, por el cual se habilita al esposo para que, en el plazo de un año, haga efectiva la disolución del condominio de ambos sobre la vivienda familiar, atribuyéndosela en pleno dominio, compensando a la esposa y asumiendo los gastos de la operación.

La cláusula calificada no comprende transmisión alguna de la finca, sino que recoge una mera facultad para la celebración posterior por ambas partes de un negocio en un momento que -dentro del marco anual- queda a la entera voluntad del facultado. El mero compromiso de transmitir la propiedad no es inscribible porque no opera ninguna mutación jurídico real inmobiliaria (artículo 2 LH).

R. 16 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7182)

Deniega la inscripción de un convenio regulador del divorcio de dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes, que antes estuvieron casados en régimen de sociedad de gananciales, la cual no ha sido liquidada hasta la fecha. En el convenio se adjudica a la esposa un inmueble inscrito en proindiviso a nombre de ambos, por haber sido adquirido por compra constante el régimen de separación, acordando una compensación de créditos entre ambas partes para restablecer el equilibrio patrimonial de las adjudicaciones realizadas.

Ciertamente es doctrina de la Dirección que resulta inscribible la adjudicación por convenio regulador de bienes adquiridos en régimen de separación de bienes, cuya regulación no se identifica sin más con la del régimen de separación de bienes. Sin embargo, se deniega la inscripción en el concreto supuesto resuelto, porque en el inventario del convenio se omite el título y fecha de adquisición de los bienes, de modo que no resulta posible conocer el régimen jurídico concreto aplicable a cada bien. La confusión de bienes gananciales con otros adquiridos en separación no permite comprobar si existe una formación de haberes adecuada y, por ende, si existen adjudicaciones sin título, con título no identificado o claudicante.

R. 21 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7669)

Consta inscrita la compra de una finca en proindiviso a favor de dos cónyuges casados en separación de bienes. Ahora se presenta un convenio regulador de divorcio suscrito por ambos en el que se inventarían y adjudican dicha finca y todos los demás bienes, como



gananciales. El registrador deniega la inscripción por entender que la adjudicación de bienes privativos de los cónyuges excede del contenido propio del convenio regulador. Los recurrentes alegan que la inscripción de la compra en proindiviso en régimen de separación de bienes fue errónea, pues siempre han tenido régimen de sociedad de gananciales.

La Dirección deniega la inscripción. El error padecido en su día sería subsanable con la intervención de todos los que intervinieron en el negocio o, en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH). Pero no es suficiente la alegación sobre régimen conyugal que se realiza en el escrito de recurso posterior a la calificación, sino que hubiese sido necesario un pronunciamiento de las partes en el propio título, ya que el convenio regulador, como título que permite liquidar la sociedad de gananciales, es también apto para rectificar inexactitudes registrales.

EXTRANJEROS

R. 5 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3895)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución hipotecaria, por falta de demanda al cónyuge del titular registral, quien es de nacionalidad portuguesa y casado, y que adquirió por compra conforme a su régimen legal de adquisiciones que resulte de la legislación extranjera aplicable.

Es doctrina consolidada de la Dirección que si bien el artículo 92 RH permite inscribir adquisiciones a favor de cónyuges casados bajo régimen económico matrimonial extranjero, con indicación de éste si consta en el título, será exigible la determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia en el momento de la enajenación o gravamen, salvo que conste el consentimiento de o la demanda a ambos cónyuges.

En el supuesto resuelto, no consta acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable al régimen económico conyugal del titular registral; y en particular, el poder de disposición del mismo para disponer de los bienes inscritos en tal forma. Tampoco se ha acreditado la existencia de pacto capitular alguno.

R. 2 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5024)

Admite la inscripción de la compra de una vivienda por dos cónyuges de nacionalidad china, quienes hacen constar que están casados en el régimen establecido en la legislación de China y que compran en un 80% la esposa y en el 20% restante el esposo. La registradora reconoce que el régimen legal chino es el de comunidad y, por entender que la adquisición se está realizando con carácter privativo, exige que se acredite si puede ser realizada dicha adquisición según el Derecho chino.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada en materia de adquisiciones por cónyuges extranjeros: el artículo 92 RH permite inscribir a favor de ambos con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de éste si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia será exigible en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse si consta el consentimiento de o la demanda a ambos.

En el supuesto resuelto, los adquirentes no están atribuyendo carácter privativo a las cuotas que respectivamente compran, por lo que no hay obstáculo para inscribirlas a nombre de cada cónyuge con sujeción a su régimen matrimonial, de modo que será en el ulterior momento de su enajenación cuando habría que acreditar si, conforme al Derecho chino, puede la misma ser realizada sin consentimiento de ambos consortes.

GESTIÓN Y EMBARGO DE GANANCIALES

R. 1 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8479)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación, dictado en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguido por la esposa contra el esposo, en el que se practicó anotación preventiva de embargo sobre la participación que pudiera corresponder al ejecutado sobre determinada finca inscrita como ganancial. En el decreto se adjudica a la ejecutante lo embargado, es decir el 50% de la finca, y se ordena la cancelación de la anotación de embargo ejecutado y de las cargas posteriores.

Ni durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ni durante la comunidad postganancial subsistente entre la disolución y la liquidación, corresponde a los cónyuges una mitad indivisa sobre los bienes comunes, ni ninguna otra participación concreta sobre bienes singulares.

La Dirección recuerda su doctrina que, en materia de embargo de bienes de la sociedad ganancial en liquidación, distingue 3 supuestos:

1) Embargo de bienes concretos de la sociedad de gananciales en liquidación: exige que las actuaciones procesales se sigan contra todos los titulares (art. 20LH).

2) Embargo de la cuota global que corresponde a un cónyuge en la total masa patrimonial: las actuaciones pueden seguirse sólo contra el cónyuge deudor y se resolverán en anotación sólo sobre los bienes que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (166-1 "in fine" RH): si luego esos bienes no se le adjudican a él, quedaría estéril la anotación, pero no la traba, pues el embargo se proyectaría sobre los bienes adjudicados efectivamente.

3) Embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal: las actuaciones pueden dirigirse sólo contra el cónyuge deudor, pero si luego ese bien no se le adjudica a él, la traba quedaría estéril. Por ello, debe rechazarse su reflejo registral.

R. 6 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8710)

Se refiere a una finca inscrita como ganancial que consta embargada por la TGSS. Ahora se presenta por la entidad acreedora una sentencia de divorcio, que incorpora el convenio regulador de divorcio de los cónyuges, de la que no resulta haberse liquidado la sociedad de gananciales, sino que tan sólo se manifiesta que es deseo de los cónyuges que la finca sea donada por ambos a una hija común. Con la presentación de la sentencia se pretende hacer constar en el Registro que el embargo afecta sólo al 50% de finca que corresponde al exmarido tras el divorcio.

La Dirección lo deniega. Inscrita una finca como ganancial y sin resultar registralmente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, no cabe embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor. En tanto subsista la sociedad de gananciales, no existen porciones indivisas de que cada uno sea titular.

Para acceder a lo pretendido haría falta liquidar la sociedad de gananciales disuelta por el divorcio (en escritura pública, convenio regulador aprobado judicialmente, o mediante el procedimiento judicial de los artículos 806 y siguientes LEC). Entre tanto, la entidad acreedora sólo podría sustituir el embargo trabado sobre la totalidad de la finca, por alguna de las tres opciones reseñadas en el resumen de la resolución anterior.

VIVIENDA FAMILIAR

R. 19 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 355)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca otorgada por un cónyuge casado en separación de bienes sobre una vivienda su exclusiva propiedad. Es necesario manifestar que la finca no constituye vivienda habitual de su familia o que, en caso contrario, conste el consentimiento del otro cónyuge (o autorización judicial supletoria).

El artículo 1320 Cc se encuentra dentro del capítulo de las disposiciones generales del régimen económico-matrimonial, o régimen primario, aplicándose con independencia del régimen que rijan constante matrimonio. Esta conformidad prestada por el cónyuge no es sino un simple asentimiento o conformidad con el negocio ajeno del cual no se es parte.

R. 27 diciembre 2017 (BOE 17, 19-I-18: 692)

En cuanto a la necesidad de señalar un plazo de duración para la inscripción del derecho de uso del artículo 96 Cc, la Dirección asume la doctrina de la S TS 29 mayo 2015, que distingue dos supuestos: cuando hay hijos menores, el interés que debe protegerse es el de éstos -y no el del propietario del bien-, de modo que no caben limitaciones temporales; por el contrario, en casos donde no hay hijos menores de edad, a falta de otro interés superior, se tutela el del propietario, imponiéndose la necesaria temporalidad del derecho derivada del principio de especialidad.

En aplicación de esta doctrina, admite la inscripción de un derecho de uso sobre la vivienda familiar, fijado en un pacto de convivencia de pareja de hecho al tiempo de su separación, al amparo del artículo 4 de la Ley valenciana 5/2011 de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no convivan (declarada inconstitucional por la S TC 16 noviembre 2016, si bien es aplicable la doctrina sobre la inscripción del derecho de uso en relación al artículo 96 Cc). En este caso hay una hija menor de edad que queda bajo la custodia de la madre titular del derecho de uso, por lo que no procede la fijación de plazo.

El derecho de uso no es patrimonial, sino familiar. En el régimen del Cc no tiene naturaleza de derecho real (a diferencia del artículo 83-3 CF catalán). En cuanto a la oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma, la S TS 18 enero 2010 distingue situaciones:

-El cónyuge propietario de la vivienda puede transmitirla, o si la propiedad es de ambos cónyuges, puede pedir la división. En estos casos, el cónyuge titular del uso puede oponerlo a terceros que hayan adquirido directamente del propietario único o en la subasta subsiguiente a la acción de división.

-Si el propietario de la vivienda es un tercero que cedió el uso de la vivienda mediante un contrato (por ejemplo, arrendamiento) al cónyuge que no resulta titular del derecho de uso, el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales entre las partes, de modo que la relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante.

-Si el propietario de la vivienda es un tercero que cedió el uso de la vivienda gratuitamente al cónyuge que no ha resultado titular del derecho de uso, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario.

R. 11 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1023)

Deniega la inscripción de un derecho de uso de vivienda familiar a favor de la hija menor, por no determinarse en el texto de la sentencia, ni la identidad y demás datos de la persona a cuyo favor debe inscribirse, ni los datos identificativos de la finca que constituye dicho domicilio familiar.

R. 30 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8051)

Admite la inscripción de un derecho de uso sobre vivienda familiar, establecido en convenio regulador de divorcio, a favor de la esposa bajo cuya custodia queda el único hijo menor, a pesar de no determinarse la duración del derecho.

En cuanto a la necesidad de señalar un plazo de duración para la inscripción del derecho de uso del artículo 96 Cc, la Dirección asume la doctrina de la S TS 29 mayo 2015, que distingue dos supuestos: mientras los hijos sean menores, el interés que debe protegerse es el de éstos -y no el del propietario del bien-, de modo que el plazo de vigencia del derecho está fijado en el límite de la mayoría de edad, sin que quepan por tanto explícitas limitaciones temporales; por el contrario, en casos donde no hay hijos, o cuando llegan a ser mayores de edad, a falta de otro interés superior, se tutela el del propietario, imponiéndose la necesaria temporalidad del derecho derivada del principio de especialidad.

R. 13 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8721)

Admite la inscripción de una servidumbre de paso sobre una azotea, elemento anejo a la vivienda habitual de la familia, constituida sólo por el marido como titular privativo, sin necesidad de consentimiento de la esposa.

Los artículos 1320 Cc y 91 RH exigen consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de derechos sobre la vivienda familiar "habitual", es decir aquella en que se convive la mayor parte del año. Esa conformidad es un asentimiento a un acto del que no se es parte. La expresión legal "disponer" es deliberadamente amplia, e incluye: actos dispositivos de naturaleza real o personal; la extinción de los derechos de arrendatario y la renuncia a su prórroga; donaciones, aportaciones a sociedad, compraventas y demás enajenaciones voluntarias (aunque la finalidad sea obtener dinero para adquirir a continuación otro inmueble más conveniente); constitución de



usufructo, uso, habitación (que suponen una sustracción real de la vivienda al uso familiar) e hipoteca (sustracción potencial).

En cuanto a la constitución de servidumbre, se trata de un derecho real limitativo del dominio, que no sustrae totalmente el goce de la cosa, pero que lo limita incluso de forma perpetua. Como acto dispositivo entra en el ámbito del artículo 1320 Cc. No obstante, atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto, debe entenderse que no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual, que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a ella, la azotea, la cual tiene acceso directo e independiente desde la calle, sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte la posibilidad de eliminación o sustracción del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. Ni siquiera impide usar la zona de azotea afectada por la servidumbre, pues el uso no es exclusivo del predio dominante.

REPRESENTACIÓN

R. 10 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7107)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual el vendedor fue representado por un apoderado, quien declaró la vigencia de su representación y no haber variado el estado ni la capacidad civil del representado. Sin embargo, una vez presentada la escritura al Diario, comparece en el Registro la viuda del poderdante y acredita que éste había fallecido a la una de la madrugada del mismo día en que se otorgó la escritura de venta.

Tradicionalmente la jurisprudencia había desvinculado la protección del tercero de buena fe, de la buena fe del apoderado. Sin embargo, sentencias más recientes consideran que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado, sin que sea suficiente sólo con la buena fe del tercero (Ss TS 24 octubre 2008, 13 febrero 2014). Ahora bien, estas cuestiones deberán sustanciarse en el procedimiento judicial que corresponda, en cuyo seno podrán decretarse medidas cautelares con su oportuno reflejo tabular. Pero todo esto no puede impedir el despacho de un documento ya presentado, que tiene una prioridad tabular ganada por razón del tiempo.

R. 13 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8722)

Admite la inscripción de una escritura actual por la cual, la titular registral de una finca adquirida por escritura de compra en 1992, reconoce que ella adquirió como mera titular fiduciaria, siendo el verdadero comprador otra persona que no compareció, la cual satisfizo todo el precio y sufragó todos los gastos de la compra y los posteriores inherentes al dominio hasta que falleció, pasando entonces a sufragarlos sus herederos. La escritura de reconocimiento ha sido otorgada por la titular registral y por los herederos de “verus dominus” y de su esposa en gananciales, también fallecida. Se incorpora testimonio notarial de un documento privado fechado en 2005 por el que la fiduciaria reconoció que la finca era de los citados herederos de su fallecido padre, quienes solicitan en la escritura la inscripción a su nombre por partes iguales, una mitad por herencia de su padre y la otra por herencia de su madre.

Superada la tesis clásica en la interpretación del artículo 1717 Cc, que negaba carácter representativo a la actuación del gestor en la representación indirecta, la Dirección asume la más reciente

jurisprudencia según la cual la representación directa o mediata es una auténtica forma de representación que atribuye efectos directos para el representado a la actuación del representante.

Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el “dominus”, la vía recta para acreditar la titularidad del “dominus” podrá ser voluntaria, mediante escritura otorgada por el representante y aquél que reconozca erga omnes su derecho, la cual no será una rectificación o modificación del título previo, sino una simple adecuación de la titularidad formal a la realidad. Ahora bien, no basta el mero reconocimiento de titularidad, sino que hace falta su causalización acreditando suficientemente la existencia de la relación representativa. El reconocimiento sólo será inscribible si tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio; y por ello es necesaria la expresión de la causa, tal y como se hace en el título calificado.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES Y APODERADOS

R. 13 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 140)

R. 13 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 139)

R. 13 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 79)

Admite la inscripción en el Registro Mercantil de un amplio poder que los administradores mancomunados se conceden a sí mismos con carácter solidario, pero con la previsión de que: la vigencia del poder comenzará cuando uno de los administradores mancomunados fallezca, o padezca incapacidad temporal o permanente acreditada mediante certificado médico oficial; y que la duración del poder será de un año o hasta que la junta general nombre un nuevo órgano de administración, momento en el cual quedará ineficaz.

Además de la posibilidad de nombrar administradores suplentes (que no pueden ser temporales), en las sociedades con administradores mancomunados se puede evitar la posible acefalia y paralización social mediante la concesión de un poder a los propios administradores para que, en defecto de uno de ellos, el que permanezca en el cargo pueda seguir actuando en el tráfico con más o menos facultades. El problema que plantea la admisión de este tipo de poderes se refiere a su revocación; pero la Dirección lo resuelve entendiendo que la revocación del poder conferido a un administrador mancomunado no exige la actuación conjunta de ambos, sino que es eficaz la revocación hecha sólo por el otro (R. 15 marzo 2011).

Por otro lado, los poderes bajo condición o término son perfectamente válidos. El registrador no discute la validez del poder calificado, pero considera que no es inscribible porque su eficacia frente a terceros depende de circunstancias extrarregistrales. Pero lo cierto es que no existe norma que impida hacer depender la eficacia de un apoderamiento de circunstancias como las de la cláusula debatida, la cual es compatible con los límites generales de la autonomía de voluntad (artículos 1255 Cc y 28 LSC) y por tanto, inscribible.

R. 15 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 148)

Deniega la inscripción de una venta otorgada por una sociedad a través de su administrador, porque no resulta la reseña de los títulos que permiten apreciar la existencia de título representativo, así como su congruencia con el contenido del Registro Mercantil.

Es doctrina consolidada que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general, como requisito de inscripción de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

En el supuesto resuelto, el notario reseña la escritura de la que resulta el nombramiento y aceptación del administrador, así como la notificación al anterior. Ahora bien, la designación es hecha por el socio único, en ejercicio de las competencias de la junta (artículo 15-1 LSC), pero sin reseña alguna de la escritura por la que la sociedad declara la unipersonalidad e identifica al socio único.

R. 18 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 353)

Rechaza la inscripción de un cese y nombramiento de administradora única, porque no coincide el nombre de la nombrada que consta en el texto de la escritura (M.P.I.S.) con el que figura en la certificación incorporada a ella (P.I.S.)

Los datos que deben constar en el asiento registral (y el nombre de la persona física inscribible es dato exigido por el artículo 38 RRM) sólo pueden anotarse cuando consten de modo indubitado en el título presentado.

La doctrina de la Dirección de que las discordancias de escasa identidad no deben impedir la inscripción, se refiere sólo a los supuestos en que la discrepancia se produce entre los datos inscritos y los del título que se pretende inscribir, pero no al caso presente, donde la discordancia resulta del contenido del propio título inscribible. Es imprescindible que resulte con claridad suficiente cuál es el dato correcto y cuál el erróneo, habida cuenta de la presunción de veracidad que tiene todo el documento (artículo 17 bis LN). Ciertamente, cuando el nombre de pila es compuesto, es frecuente la utilización indistinta del nombre completo o de una parte del mismo. Pero sin perjuicio de la realidad de este uso social, en Derecho, tanto el nombre compuesto como los nombres individuales que lo forman, tienen identidad propia (artículo 51 LRC).

R. 13 febrero 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2492)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad limitada en la que, dentro del texto de la escritura y fuera de los estatutos, los dos administradores mancomunados prestan su consentimiento recíproco para que cualquiera de ellos por sí solo pueda ejercitar ciertas facultades en nombre de la sociedad (entre otras, realizar disposiciones de saldos bancarios hasta 5000€ diarios). Este consentimiento recíproco sólo puede

inscribirse si se plasma en un otorgamiento de poder con carácter solidario.

La diferencia conceptual y la distinta naturaleza y eficacia de las representaciones orgánica y voluntaria, permiten afirmar que su posible concurrencia se encuentra fuera de toda duda, concurriendo en la misma persona las condiciones de administrador y apoderado (artículos 281 Ccom, 36 y 249 LSC, 94-1 RRM), si bien el desenvolvimiento de ambas figuras puede hacer surgir dificultades de armonización en cada caso.

Ciertamente los administradores mancomunados pueden concederse poderes solidarios recíprocos, pero sometido al régimen de la representación voluntaria y no orgánica (tipificada legalmente y excluida de la autonomía de voluntad), siendo este poder recíproco susceptible de ser revocado unilateralmente por cada uno de los administradores mancomunados (R. 15 marzo 2011). No puede admitirse que, por prestación de consentimiento anticipado, pueda combinarse la administración mancomunada con la solidaria respecto de ciertos actos o hasta cierto importe.

R. 1 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3891)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sobre reelección de administrador, otorgada por el reelegido, porque el domicilio del mismo que consta en la comparecencia es diferente del que resulta de los asientos registrales, a los que se remite el acuerdo de reelección según figura en la certificación incorporada.

La Dirección entiende que este supuesto es diferente al de la R. 1 octubre 2015 (BOE 253, 22-X-15: 11369), que admitió la inscripción de una escritura de aumento de capital, a pesar de que el domicilio del administrador otorgante expresado en la comparecencia no coincidía con el domicilio de la misma persona que, como suscriptor de parte de las nuevas acciones, se expresaba en la certificación de acuerdos sociales incorporada. Esta discordancia de datos no se entendió relevante a efectos de su inscripción.

Sin embargo la indicación del domicilio del administrador no es un dato que permita una determinación más o menos acertada o dudosa. Por ello, en el supuesto ahora resuelto, debe salvarse la discordancia para que resulte con claridad suficiente qué dato debe constar en los asientos registrales.

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5642)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sobre cese y nombramiento de nuevo administrador, otorgada por el nombrado, que figura como "Miguel P. H." en la escritura, pero como "Miguel Ant. P. H." en la certificación y en una previa inscripción como apoderado. En todas las menciones indicadas concuerda el número del DNI.

La discordancia entre los datos inscritos y los del título sólo deberían impedir su toma de razón cuando plantee dudas razonables sobre la identidad de la persona. La discordancia del supuesto es irrelevante. Así resulta de la conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos -en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo- y de la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites costosos e innecesarios que no proporcionan garantías adicionales.



R. 31 mayo 2018 (BOE 144, 14-VI-18: 8000)

Admite la inscripción de una venta de finca perteneciente a una sociedad limitada, cuyo administrador manifiesta que el bien no tiene el carácter de activo esencial. Ciertamente consta también presentada una instancia suscrita por quien dice ser titular del 50% de la sociedad transmitente en la que afirma que el bien vendido es el único activo de la sociedad.

Se reitera doctrina consolidada. La transmisión de activos esenciales excede de las competencias del administrador (la S TS 17 abril 2008 establece que los consejeros delegados carecen de poder para transmitir todo el activo de la compañía). Pero aun reconociendo esto, mediante certificación del órgano de administración o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad; pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (artículo 160-f).

Por otro lado, la Dirección recuerda la exigencia de que los registradores no extiendan asientos de presentación de los documentos privados, salvo excepciones legales que no concurren en este caso (artículo 420-1 RH).

CAPITAL SOCIAL

R. 21 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 423)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de decisiones de socio único de una limitada, relativas al aumento de capital social por compensación de créditos. La exigencia de que conste la fecha concreta en que fueron contraídos los créditos no queda cumplida con la mera referencia a los años en que se realizaron los préstamos, ya que el artículo 1204 Cc exige, para la novación real de obligaciones, la declaración terminante de sustitución de obligación.

Por el contrario, no constituye defecto la falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales. Ciertamente, dentro del objeto social se incluyen en general las telecomunicaciones, actividad que según el Diccionario de la lengua española consiste en la transmisión y recepción a distancia de señales por medios electromagnéticos, sin que haya norma alguna que atribuya dicha actividad en exclusiva a los ingenieros de telecomunicaciones.

R. 16 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7183)

Deniega la inscripción de una reducción de capital de una limitada por restitución de aportaciones a todos los socios, acordada por todos los socios menos uno (que representa el 15% del capital). En acuerdo aparte, que uno de los asistentes no vota a favor, se aprueba la forma de ejecutar el acuerdo: entrega de cheque nominativo a cada socio, salvo al ausente, a quien se le paga mediante la compensación de una deuda contraída con la sociedad.

Se desestima en primer defecto de la calificación. La decisión de reducir el capital por restitución de aportaciones puede adoptarse aunque no la consientan todos los socios. Este acuerdo no supone una violación del principio de paridad de trato (enunciado en el ar-

tículo 97 LSC: la sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas). Aunque el artículo 292 LSC exige el consentimiento de los afectados para adoptar cualquier modificación que afecte a los derechos individuales de cualquier socio, esto no permite deducir la exigencia general de consentimiento unánime para acordar la reducción del capital por devolución de aportaciones. En el acuerdo calificado no hay disparidad de trato ni merma de la posición y porcentaje de los socios en la sociedad.

Sin embargo, la Dirección rechaza la forma de ejecución del acuerdo mediante compensación impuesta al socio no asistente. Ciertamente la LSC no exige expresamente que la restitución de aportaciones en una reducción de capital deba hacerse en dinero, pero hay indicios normativos de que la obligación de pago del crédito de reembolso derivado de la reducción es una obligación dineraria (artículo 393-1 sobre pago de la cuota de liquidación al socio separado o excluido; artículos 170 y 201-3 RRM sobre reducción de capital con restitución). La compensación, como medio de extinción total o parcial de la obligación (artículo 1156 Cc) no puede ser impuesta por una parte sin el consentimiento de la otra o decisión judicial.

R. 22 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7674)

Deniega la inscripción de una reducción del capital de una limitada por importe de 282.605€, suma del valor nominal de las participaciones que se amortizan ahora, pero que la sociedad había adquirido previamente en autocartera por precio de sólo 6.000€.

La Dirección recuerda su doctrina de que en la reducción de capital por amortización de acciones propias no hay devolución de aportaciones en un sentido civil, pero sí que la hay en el sentido en que la LSC usa esta expresión al regular la reducción del capital (artículos 317 y 329 y siguientes LSC). Dado que la responsabilidad de los socios beneficiarios de la restitución frente a los acreedores sociales tiene como límite el importe de lo restituido (artículo 331 LSC), la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social inscrito en perjuicio de terceros, sin respetar los requisitos legales de la reducción de capital. En consecuencia, la diferencia entre el nominal reducido y el importe de la restitución realizada por debajo del par, debe acogerse a alguno de los sistemas legalmente previstos, que según la calificación confirmada, son: o la constitución de una reserva voluntaria, o la constitución de una reserva obligatoria, o que la reducción se haga por pérdidas (que es lo que se alega ya en fase de recurso, si bien no basta con la mera alegación, sino que debe aportarse el balance auditado a que se refiere el artículo 326 LSC). No puede tenerse en cuenta la afirmación del administrador relativa a la inexistencia de acreedores, porque el sistema legalmente previsto exige cumplimentar los requisitos de protección en beneficio de eventuales acreedores, ya sea conocida o no su existencia.

CUENTAS SOCIALES

R. 11 diciembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 75)

Admite el depósito de cuentas de una sociedad, que la registradora había denegado por entender que la firma del administrador debería constar en las dos hojas que componen la certificación del acuerdo que las aprueba. El artículo 366-1-2º RRM exige aportar certificado del órgano competente con firmas legitimadas notarial-

mente que contenga el acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado. La finalidad del precepto es garantizar la autoría del certificado y la efectiva aprobación de las cuentas por la junta, extremos respecto de los cuales la certificación calificada no plantea dudas. Si la registradora considera que el acuerdo certificado no es auténtico o no es íntegro, debe expresarlo motivadamente en su calificación.

R. 19 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 358)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe del auditor de cuentas, toda vez que a instancia de socio o socios minoritarios, se ha nombrado un auditor cuyo nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil (artículo 265-2 LSC).

R. 20 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 420)

Admite el depósito de cuentas de una sociedad, presentadas en formato normalizado y abreviado, a pesar de no aparecer cumplimentado en la hoja IDA2 el apartado “información sobre el período medio de pago a proveedores durante el ejercicio”, ya que en la hoja anterior IDA 1 (sobre datos generales de identificación e información complementaria) se ha hecho constar que la sociedad está inactiva. Esta obligación de informar sobre el período medio de pago a proveedores, impuesta por la adicional tercera de la Ley 15/2010, presupone que hayan existido proveedores y pago de bienes o servicios, de modo que cuando no hayan existido unos y otros, no puede existir tal obligación.

R. 10 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1021)

La Dirección estima el recurso contra una nota de despacho emitida por la registradora Mercantil en la que se indica que las cuentas de una sociedad han sido presentadas a depósito fuera de plazo, cuando lo cierto es que han sido presentadas dentro del mes siguiente a su aprobación, como ordena el artículo 279 LSC. La indicación incorrecta de que el depósito se ha realizado fuera de plazo es una circunstancia que sólo consta en la nota despacho y, como tal, no se encuentra amparada por la presunción de legitimación del artículo 7 RRM.

R. 17 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1034)

Admite el depósito de las cuentas de una sociedad presentadas en el modelo normalizado aprobado por Orden JUS/471/2017, entendiéndose que no se ha infringido el deber de cumplimentar la cásilla de cuenta de pérdidas y ganancias y aplicación del resultado, al haber consignado el valor “cero”.

R. 19 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3193)

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales, cuando la hoja registral de la sociedad se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior (art. 378-7 RRM).

R. 20 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3198)

Admite la inscripción de la decisión del administrador de una sociedad anónima no obligada a verificación contable, de nombrar nuevo auditor por jubilación del anterior. Y ello, a pesar de que, en su día se desestimó la solicitud de la minoría para el nombramiento de

auditor para el mismo ejercicio (artículo 265-2 LSC), porque constaba inscrita la designación del auditor que ahora se jubila.

La inscripción de la auditoría voluntaria enervó en su día el derecho del socio minoritario a solicitar la verificación contable. Ahora, el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor. La competencia del registrador mercantil para la designación de auditor viene atribuida legalmente (artículos 40 Ccom y 265 LSC) sólo para aquellos supuestos previstos en la ley, de modo que en este caso no es competente, por existir un previo nombramiento voluntario inscrito.

R. 28 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3652)

Suspende el depósito de cuentas anuales de una sociedad, que no acompaña el informe de auditor solicitado por la minoría, existiendo resolución firme del registrador acordando su procedencia, pero no nombramiento efectivo ni inscripción a favor de persona alguna, ni al tiempo de aprobar las cuentas ni al de su presentación.

El acuerdo de aprobación de las cuentas adoptado en una junta en cuya convocatoria se ha incumplido la exigencia del artículo 272-2 LSC (sobre derecho de información del socio, que comprende también el informe del auditor), es nulo de pleno derecho (S TS 3 julio 2008). Si los trámites de nombramiento del auditor se han visto retrasados, un administrador prudente debe abstenerse de convocar junta ordinaria.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6322)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe del auditor de cuentas, toda vez que a instancia de socio o socios minoritarios, se ha nombrado un auditor cuyo nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil (artículo 265-2 LSC).

R. 21 mayo 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7672)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe del auditor de cuentas, toda vez que a instancia de socio o socios minoritarios, se ha nombrado un auditor cuyo nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil (artículo 265-2 LSC).

DENOMINACIÓN SOCIAL

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6327)

Estima el recurso contra la calificación registral que había denegado la reserva de varias denominaciones solicitadas por orden sucesivo de preferencia.

Es doctrina consolidada que, en el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (“cuasi-identidad”). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

En virtud de tales consideraciones, la Dirección aprecia sin embargo que no existe identidad sustancial entre tres de las denomi-



naciones pretendidas en el supuesto, “ASP Abogados y Asesores Tributarios”, “ASP Asesores Tributarios y Abogados” y “ASP Abogados y Asesores”, con las ya inscritas, “PSG Abogados y Asesores Tributarios” y “S&P Abogados y Asesores Tributarios”, porque la individuación resulta del término “ASP”. De no entenderlo así, también las dos denominaciones previamente inscritas serían sustancialmente idénticas.

Tampoco existe identidad sustancial entre la denominación pretendida, “ASP Abogados”, y las inscritas, “STS Abogados”, “A&C Abogados” y “AP Abogados Asesoría”. Ni entre la denominación pretendida, “ASP Asesores Jurídicos y Tributarios” e “IIL Asesores Jurídicos y Tributarios”. Por último, tampoco entre la denominación pretendida, “ASP Abogados”, y las inscritas, “STS Abogados”, “A&C Abogados” y “AP Abogados Asesoría”.

R. 29 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8147)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la reserva de la denominación “Ditecal, SL”, por encontrarla sustancialmente idéntica con las denominaciones ya inscritas “Diteca, SA”, “Ditecar, SL” y, en menor medida, “Dimecal, SA”.

Es doctrina consolidada que, en el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (“cuasi-identidad”). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

Sin embargo, entre la denominación pretendida en el supuesto y las ya registradas, existen diferencias en la consonante, no sólo fonéticas, sino también gráficas. De seguir la tesis de la calificación, resultaría que también serían sustancialmente idénticas entre sí las denominaciones ya inscritas. En nuestro idioma es frecuente la existencia de palabras que no se diferencian entre sí más que por una o dos consonantes sonoras, pero con significados claramente diferentes.

R. 4 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8483)

Deniega la reserva en el Registro Mercantil Central de las denominaciones “Federación Española e-Sports, SL”, “Federación Española de Deportes Electrónicos, SL” y “Federación Madrileña e-Sports, SL”.

La Dirección ha rechazado la inclusión en las denominaciones de sociedades mercantiles de términos como “fundación”, “cooperativa”, “asociación” (R. 2 enero 2003), “instituto universitario” (R. 14 mayo 1998), “club de fútbol” (R. 11 octubre 1984), así como términos que inducen a error con las denominaciones de entidades asociativas religiosas (R. 26 junio 1997). Del mismo modo, la inclusión en la denominación social del término “federación” induce a confusión sobre la naturaleza de la entidad que se pretende constituir. En nuestro ordenamiento las federaciones deportivas constituyen uno de los cinco supuestos de asociacionismo previstos en la Ley del Deporte-1990 (artículos 30-40). Además, la realización de una actividad deportiva bajo

la forma de una sociedad de capital se ha de llevar a cabo necesariamente bajo la forma de sociedad anónima deportiva a que se refiere el RD 1251/1999.

La **R. 5 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8707)** deniega, por los mismos motivos, la reserva en el Registro Mercantil Central II de las denominaciones “E-Sports Federación, SL”, “Deportes Electrónicos Federación, SL” y “Videojuegos y e-Sports Federación, SL”.

R. 6 junio 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6251)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad limitada denominada “Krom Desarrollos Profesionales, SL”.

No hay obstáculo en el hecho de que exista una marca notoriamente conocida llamada “Krom”. La denominación de la sociedad constituida incluye otras palabras que permiten diferenciarla de la referida marca. La adicional 13ª de la Ley 17/2001 de Marcas contempla el rechazo del nombre de una marca si existe identidad o puede generarse confusión de identidad, que es lo que ocurría en la R. 5 mayo 2015 (supra.), donde había una identidad total entre los nombres de la sociedad y la marca.

Sin embargo, la inscripción se deniega porque la denominación social incluye el término “profesionales”, siendo que la sociedad carece de la condición de profesional a efectos de la Ley 2/2007. Esta denominación es contraria al artículo 406 RRM que prohíbe incluir en la denominación social términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre la clase o naturaleza de la sociedad.

DOMICILIO SOCIAL

R. 28 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8140)

Admite la expedición de certificación de asientos de una sociedad en el Registro Mercantil de origen, como consecuencia del cambio de domicilio social efectuado en la escritura calificada, a pesar de que la hoja social está cerrada por falta de adaptación a la LSP 2/2007, lo cual motiva además la falta de previa inscripción del nuevo órgano de administración, otorgante del título calificado.

Ciertamente la sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). En consecuencia, el hecho de haberse cerrado la hoja social no es obstáculo para expedir la certificación necesaria para el traslado de domicilio social, ya que tal modificación estatutaria es compatible con la eventual reactivación o con la liquidación de la sociedad.

Por otro lado, no hay problema de tracto sucesivo en la expedición de la certificación por el Registro de origen, ya que no se trata de inscribir documento alguno en él. Será en el Registro de destino donde habrá que presentar la escritura a inscripción (artículos 290 LSC y 5 RRM).

R. 6 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8711)

Suspende la inscripción de una escritura pública otorgada en España, por la que una sociedad constituida en Panamá traslada su domicilio a España.

El traslado internacional de domicilio de sociedades extranjeras a domicilio español tiene una regulación muy escueta en nuestro ordenamiento: la sociedad debe cumplir los requisitos de constitución exigidos por la norma española para la forma social adoptada; además, para sociedades procedentes de países que no formen parte del Espacio Económico Europeo, se exige que la legislación del estado de origen permita el cambio de domicilio sin pérdida de la personalidad jurídica, así como la necesidad de informe de experto independiente sobre la suficiencia del patrimonio para cubrir el capital social (artículos 92 y 94 Ley 3 /2009 y 309 RRM).

La sociedad del supuesto fue constituida en Panamá con un capital de 9131€, si bien en los estatutos que figuran en la escritura de traslado de domicilio a España consta la cifra de 3000€. Esta divergencia -puesta de manifiesto en la calificación- se salva satisfactoriamente mediante un acta que incorpora certificación del socio único acreditativa de que el capital correcto es el de la escritura de constitución. Sin embargo, es preciso que las cuentas presentadas y el informe del experto (que afirma la suficiencia del patrimonio para cubrir un capital de solo 3000€) reflejen el capital corregido.

Por el contrario, hay otro defecto que se desestima por la Dirección. Basta con el esquemático “historial de la sociedad” expedido por el Registro de origen, sin que sea exigible certificación literal de los asientos del mismo. Ciertamente el artículo 309 RRM, exige certificar los actos que estén vigentes en el Registro extranjero y que además sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española. Pero esta exigencia debe interpretarse a la luz del artículo 94 Ley 3/2009, de modo que bastará con certificar la existencia de la sociedad extranjera y acompañar las cuentas anuales a que se refiere el artículo 309-2 RRM.

ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

R. 11 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8715)

Deniegan la inscripción de una elevación a público de acuerdo de junta sobre renuncia de dos administradores solidarios, cambio de sistema de administración y nombramiento de administrador único. La sociedad tiene cerrada su hoja social por falta de depósito de cuentas, lo que impide la inscripción del cambio de sistema y del nombramiento. Pero es que además, tampoco es inscribible la renuncia, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de la Agencia Tributaria. Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

JUNTA GENERAL Y SUS ACUERDOS

R. 20 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 419)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada según la cual la junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la web social y, en caso de que no exista, al menos mediante carta certificada con acuse de recibo, pero admitiéndose también “cualquier otro medios de fehaciencia superior”, especialmente su remisión por conducto notarial. El registrador entiende que el procedimiento entrecomillado no cumple con el artículo 173-2 LSC, el cual exige procedimiento que asegure la recepción de la convocatoria por los socios.

La intención evidente de los contratantes prevalece sobre sus palabras (artículos 1281 y 1282 Cc). Las cláusulas de los contratos deben interpretarse en el sentido más adecuado a sus efectos, las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (1284 y 1285). Interpretando así la cláusula debatida, se desprende inequívocamente que la referencia a cualquier otro medio de fehaciencia superior al certificado con acuse de recibo, especialmente la remisión por conducto notarial, está exigiendo la fehaciencia no sólo del mero envío, sino del procedimiento de comunicación de la convocatoria y, por ende, también de la recepción del anuncio por los socios a que se refiere el artículo 173-2 LSC.

R. 8 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1013)

Admite la inscripción de varias cláusulas estatutarias de una sociedad limitada. En primer lugar, la que regula la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios y en el consejo de administración, lo cual ya fue admitido en resoluciones anteriores de 25 y 26 abril 2017, y de 19 diciembre 2012, las cuales extendieron esta posibilidad, sólo prevista legalmente para las anónimas (artículos 182 y 189 LSC), entendiéndose que no se trata de algo prohibido para las limitadas, respecto de las cuales la exigencia legal es que, salvo disposición contraria de los estatutos, la junta se celebre en el término municipal del domicilio social (artículo 175 LSC); pero, fijada una ubicación física para la celebración de la junta que permita la asistencia personal, debe entenderse válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia telemática o por videoconferencia, siempre que garantice debidamente la identidad del sujeto.

Por otro lado, también se entiende válida la cláusula que dispone que el presidente, tras declarar válidamente constituida la junta, determinará si ésta puede entrar en la consideración de todos los asuntos incluidos en el orden del día. La Dirección interpreta esta cláusula, no en el sentido de que la formación del orden del día (que es competencia de la junta según el artículo 159 LSC) se deje al arbitrio del presidente, sino que lo hace en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 Cc), como referida a la facultad del presidente de determinar aquellos asuntos que, aun cuando figuren en el orden del día, no deban ser objeto de consideración (asuntos que requieran un quorum determinado, aprobación del acta de junta cuando interviene notario).

Es válida la cláusula por la que el presidente someterá a la junta la autorización para la presencia en la misma de otras personas. La regla del artículo 181 LSC, que otorga al presidente la decisión sobre esta autorización (pero pudiendo la junta revocar la autorización concedida) tiene carácter dispositivo.



También es válida, se ajusta a los términos literales del artículo 233-2-d LSC y tiene la suficiente determinación la cláusula que admite, entre las modalidades del órgano de administración, las de: (c) dos administradores conjuntos, que ejercerán mancomunadamente las facultades de administración y representación; (d) entre dos y cinco administradores conjuntos -a determinación de la junta-, que ejercerán las facultades de administración y representación de la sociedad actuando mancomunadamente al menos dos cualesquiera de ellos.

No es cuestión susceptible de inscripción (y no debería haber sido calificada) la de si la dispensa concedida por todos los fundadores constituidos en junta al administrador para desarrollar actividades de competencia o conflicto permanente con los intereses sociales, es o no conforme con el artículo 230-3 LSC, que permite la dispensa de la obligación de no competir mediante acuerdo expreso y separado de la junta.

Ahora bien, no obstante todo lo anterior, la inscripción se deniega, porque hay dos artículos estatutarios que aluden a los “accionistas”, sin que deba ser el registrador -como pretende el recurrente- quien sustituya aquella palabra por la de “socio”, al tratarse de una sociedad limitada.

R. 31 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1947)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de junta de una anónima recogidos en acta notarial. Convocada la junta por acuerdo del consejo de administración, se publica después un complemento de convocatoria solicitado por un socio. No consta la existencia de acuerdo del consejo de administración que decida sobre el complemento de convocatoria y sobre la presencia de notario.

La facultad de convocatoria de la junta está reservada en exclusiva, al margen de supuestos singulares, al órgano de administración (artículo 166 LSC) y, en el caso de existir consejo, a éste como órgano colegiado. La validez de los acuerdos de la junta está también condicionada previamente a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria incluyendo el orden del día (salvo que sea junta universal). La falta de validez del acuerdo del consejo para convocar la junta, o su ausencia, es causa de invalidez, tanto de la convocatoria, como de los acuerdos adoptados. Este monopolio del órgano de administración se extiende al supuesto en que exista la solicitud de complemento de convocatoria (previsto para las anónimas en el artículo 172 LSC). De la misma forma, corresponde al órgano de administración decidir sobre la solicitud del socio minoritario de la asistencia del notario a la junta. Al tratarse de una obligación del consejo vinculada a la convocatoria de la junta, es indelegable en el consejero delegado.

R. 12 febrero 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2490)

Deniega la inscripción de una escritura por la que se elevan a público, con el voto favorable de dos de los tres socios que representan el 70% del capital social, los acuerdos de una limitada relativos a la reducción del capital a cero por pérdidas con simultánea ampliación del mismo. Los estatutos establecen que el aumento y reducción del capital, así como cualquier otra modificación de estatutos para la que no se exija mayoría cualificada, requerirán el voto favorable de más del 70% del capital.

No se comparte la alegación del recurrente de que la mayoría exigida por los estatutos implicaría que tendrían que votar a favor los tres socios, lo que supondría exigir la unanimidad, prohibida por el artículo 200 LSC. Los estatutos, sin desconocer su origen y su carácter contractual, tienen carácter imperativo y constituyen la norma suprema de la sociedad. No puede entenderse aprobado un acuerdo cuando no cuenta con el voto favorable de la mayoría estatutaria, sin que esta conclusión se vea afectada por la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad por el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares de sus participaciones; y aunque todo ello pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos, situación de bloqueo que el artículo 363-1-d LSC configura como causa legal de disolución.

R. 14 febrero 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2493)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta de una sociedad limitada cuyo sistema de administración es el de dos administradores mancomunados. En dicha junta se acepta la dimisión de una de las administradoras; y se nombra en su lugar a una nueva, que es quien otorga la escritura calificada por estar autorizada para ello, según resulta de la certificación del acuerdo, que está firmada por el otro administrador, la nueva administradora y la saliente, con legitimación notarial de las firmas de los tres.

Conforme al artículo 109-1-c RRM la facultad certificante compete a los dos administradores mancomunados conjuntamente, pero debe tenerse en cuenta que la administradora compareciente está expresamente facultada para el otorgamiento de la escritura calificada, según resulta de los acuerdos de la junta en que fue nombrada. Aunque no tiene su cargo todavía inscrito, los acuerdos han sido certificados por ambos administradores mancomunados y por la saliente, cuya firma está autenticada por el notario, por lo que son inscribibles sin necesidad de acreditar la notificación prevenida en el artículo 111 RRM.

R. 31 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8056)

En su día se otorgó escritura de elevación a público de acuerdos sociales sobre disolución y liquidación de sociedad, cuya certificación contenía además otro acuerdo -no elevado a público- que facultaba al liquidador para otorgar a favor de otras personas al objeto de comparecen ante notario y elevar a público los presentes acuerdos. La inscripción de esta escritura fue denegada por otros defectos ajenos al recurso, para cuya subsanación se otorga el título ahora calificado: escritura de rectificación otorgada por un tercero apoderado por el liquidador de conformidad con el acuerdo social antes indicado.

La Dirección deniega la inscripción. A pesar de que el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas se dice que el interviniente actúa mediante el citado acuerdo social elevado a escritura pública, lo cierto es que, de la escritura rectificadora, no resulta ni que el liquidador hubiese elevado a público el acuerdo, ni que hubiese otorgado efectivamente los poderes a que el mismo se refiere.

R. 30 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8053)

Rechaza la inscripción de los acuerdos sociales (sobre disolución y liquidación de una limitada), adoptados en con insuficiencia del

quorum estatutario de votación, en junta celebrada en ciudad distinta de aquella en que se encuentra el domicilio social. La nulidad de la junta y, por tanto, de sus acuerdos no es discutida. El recurrente solicita la inscripción argumentando que, resultando que la junta se celebró en 2016 -según consta en la certificación de los acuerdos-, ha transcurrido un año sin haberse impugnado los acuerdos, los cuales han quedado sanados mediante la caducidad de la acción de impugnación.

Las circunstancias que puedan determinar la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales sólo puede ser apreciada por los tribunales. La determinación del “dies a quo”, la existencia de lesión del interés social, de abuso de derecho, al violación del orden público o la eventual legitimación de un tercero escapan a la competencia del registrador, por implicar un juicio de valor sobre una situación de hecho ajena al contenido del procedimiento registral. Tampoco el órgano de administración puede certificar más allá de su propia competencia, por lo que su mera afirmación de no haberse ejercitado acción de impugnación no permite tenerla por caducada (artículo 205 LSC), porque no excluye que pueda ejercitarse o que existan circunstancias que lo permitan por causas ajenas a las meramente formales o procedimentales de constitución y desarrollo de la junta (S TS 73, 14 febrero 2018).

PRESTACIONES ACCESORIAS

R. 24 enero 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1585)

Deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una limitada, adoptados por socios que representan el 65% del capital, por los que se aumenta el capital creando una nueva serie de participaciones que llevan consigo la prestación accesoria consistente en una prohibición de competencia que da derecho a percibir un dividendo del 80% del beneficio contable de la sociedad.

Esta modificación estatutaria afecta a los derechos individuales de todos los socios, en cuanto atañe al derecho a participar en las ganancias sociales, de modo que exige el consentimiento individual de todos los socios (artículo 93-a LSC). Por otro lado, el anuncio de convocatoria de la junta carece de la debida claridad, al omitir que se crean participaciones con dividendo privilegiado, privando al socio de la información necesaria para ejercitar adecuadamente sus derechos. Tampoco se expresa de forma concreta y determinada el contenido concreto de tales prestaciones: no resulta claro cómo se calcularían los hipotéticos beneficios de sus titulares, quedando al arbitrio de la junta de cada año.

PRIORIDAD REGISTRAL

R. 14 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 146)

Una vez presentados un conjunto de documentos al Registro Mercantil (sobre cambio de socio único, nombramiento de administradores y modificación de objeto), se pretende ahora hacer valer la nulidad de los citados documentos, impedir su inscripción e inscribir otros contradictorios.

La Dirección deniega la segunda pretensión y considera que deben despacharse en primer lugar los títulos inicialmente presentados. Ciertamente es doctrina de la Dirección la que matiza el

principio de prioridad afirmando que el registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con éstos, aún presentados después, con el objeto de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces. Pero también es cierto que el contenido del Registro se presume exacto y válido; que está bajo la salvaguardia de los tribunales en tanto no se declare judicialmente su inexactitud; y que la determinación de si un título es o no auténtico corresponde al juez competente en un procedimiento que, a diferencia del registral, es contradictorio y con admisión de prueba. Por todo ello, debe considerarse fundada la decisión del registrador de rechazar la inscripción del segundo conjunto de documentos presentados mientras el primero se encuentre pendiente de despacho o con asiento vigente.

SOCIEDAD PROFESIONAL

R. 9 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1015)

Deniega la inscripción de acuerdos sociales de una sociedad, que pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 (redacción de proyectos de arquitectura, ingeniería y urbanismo; asesoramiento de empresas y personas físicas en su más amplia acepción).

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico; y sólo después podrá realizar las modificaciones que su junta general estime oportunas.

SUCESIONES

DERECHO DE TRANSMISIÓN

R. 22 enero 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1321)

Deniega la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional relativa a una herencia, en la que uno de los herederos ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia del causante, por lo que se produce el derecho de transmisión a favor de dos hijas suyas. Para acreditar que las transmisarias son las herederas del transmitente, no basta con haber aportado los certificados de defunción y el negativo de últimas voluntades del transmitente, sino que también hay que aportar su declaración de herederos ab intestato, que es el título sucesorio (artículo 14-1 LH).

En cuanto a la forma de aportación, la Dirección recuerda su doctrina consolidada: a diferencia de lo que ocurre con el testamento, en la declaración de herederos lo relevante es la constatación de los hechos de los cuales deriva la atribución legal de derechos sucesorios; de modo que la constatación documental de tales particulares puede ser hecha por el notario, bien mediante una transcripción to-



tal o parcial de los mismos, bien mediante un testimonio en relación, los cuales quedan bajo la fe pública notarial, quedando satisfecha la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, siempre que resulten los elementos imprescindibles para la calificación.

R. 22 enero 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1323)

Deniega la inscripción de la escritura de herencia de dos causantes que fallecen bajo testamento en el que nombran herederos a sus dos hijos, uno de los cuales muere con posterioridad a ambos causantes, disponiendo en su testamento que instituye heredera a su hija y lega la legítima estricta a su otro hijo. En la escritura de herencia cuya inscripción se debate, en la cual se adjudican por mitades indivisas los bienes correspondientes a las masas hereditarias de los causantes, comparecen: su hijo sobreviviente, por derecho propio; y la nieta heredera del hijo fallecido, por derecho de transmisión (artículo 1006 Cc).

Ciertamente el “ius delationis” de los primeros causantes pertenece -como derecho a aceptar o repudiar- corresponde al hijo que le sobrevive y, por designación del otro, a la nieta que ahora comparece. Ahora bien, cualquier operación particional de una herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión, dentro de los cuales deben incluirse los herederos y también los legitimarios, ya que la legítima es una parte de los bienes de la herencia y funciona como una limitación o carga al llamamiento hereditario.

R. 12 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4282)

Admite la inscripción de una escritura de partición otorgada por todos los interesados, a excepción de la hija de uno de los herederos, fallecido después del causante sin aceptar ni repudiar su herencia. Este heredero fallecido, en su propio testamento, había instituido herederos a su esposa y a uno de sus hijos, legando a su otra hija un determinado bien en pago de su legítima estricta. Habiendo renunciado a la herencia del primer causante los dos herederos del transmitente, se plantea ahora si es necesaria la intervención de la hija de éste último en dicha herencia.

Los transmisarios han ejercitado su “ius delationis” repudiando la herencia del primer causante, pero aceptando la del transmitente. El “ius delationis” consiste en una opción de carácter personalísimo, cuyo valor debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente. Pero esto no supone considerarlo en sí como un bien de la herencia afecto también por tanto al pago de la legítima; porque, si es personalísimo e intransmisible, menos podría ser susceptible de embargo o afección real. Así, aceptada la herencia, el legitimario tiene acción personal frente al heredero y acción real sobre los distintos bienes que integran la herencia. Pero, si -como en este caso- consta la repudiación de la herencia, funcionará el derecho de acrecer en favor de los restantes herederos abintestato del primer causante, al igual que ocurriría cuando quien repudia la herencia tenga acreedores, en tanto no conste que -en efecto- usaron la facultad prevista en el artículo 1001 Cc en términos que inutilicen o mengüen el derecho de acrecer.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6330)

Fallecido el primer causante, son declarados herederos abintestato sus cinco hijos. Una de las hijas fallece después sin haber

aceptado ni repudiado la herencia, dejando a su vez un solo hijo, heredero abintestato de ella, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su viudo. Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de herencia del primer causante, por falta de intervención del viudo de la hija transmitente.

La Dirección recuerda su doctrina sentada a raíz de la S TS 11 septiembre 2013: el derecho de transmisión del artículo 1.006 Cc no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el “ius delationis” de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional. Los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, suceden directamente al causante (la del transmitente es otra sucesión). La consecuencia que hasta ahora extraía de esta sentencia la Dirección era que, en la herencia del primer causante no era necesaria la intervención del cónyuge del transmitente, sino tan sólo la de los transmisarios. Sin embargo, ahora se matiza esta consecuencia.

La única cuestión que la citada sentencia pretendía resolver era que el contador-partidor debería haber individualizado la cuota correspondiente a cada transmisario, en lugar de formar un único lote correspondiente al transmitente. El “ius delationis”, si bien se ejercita de manera directa -sin pasar por la herencia del transmitente-, sólo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias ni vulnerar las leyes sucesorias. Aunque este derecho consiste en una opción del transmisario, lo cierto es que tiene valor patrimonial, por lo que debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente; y al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos, independientemente de que la legítima se haya deferido por título de herencia o legado.

Este nuevo criterio de la Dirección ya se manifiesta en resoluciones recientes. En el caso de la R. 12 marzo 2018 (infra.) se admitió la inscripción de la herencia del primer causante, aun sin intervención de uno de los hijos del transmitente -a quien éste le había legado sólo su legítima estricta-, porque el otro hijo -heredero del transmitente- había repudiado la herencia de su abuelo. Por el contrario, en la R. 22 enero 2018 (infra.), en un supuesto similar, pero donde el heredero del transmitente aceptó la herencia del primer causante, se denegó la inscripción, entendiendo que, ciertamente el “ius delationis” corresponde al heredero del transmitente; pero cualquier operación particional de una herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión, dentro de los cuales deben incluirse, no sólo los herederos, sino también todos los legitimarios, ya que la legítima es una parte de los bienes de la herencia y funciona como una limitación o carga al llamamiento hereditario.

EXTRANJEROS

R. 2 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3893)

El causante, de nacionalidad británica y con hijos, había otorgado testamento en España antes de la vigencia del RS 650/2012, instituyendo heredera a su esposa. Fallecido tras la entrada en vigor del citado Reglamento, se admite ahora la inscripción de la escritura de su herencia, otorgada ante notario español, en la que la esposa y heredera se adjudica todos los bienes.

La Ley aplicable a esta sucesión es la británica. La Dirección considera que la cláusula testamentaria de institución de heredero supone de hecho una “*professio iuris*”, realizando una interpretación flexible de su disposición transitoria -artículo 83 RS-. Si una disposición *mortis causa* se realiza antes de la vigencia del Reglamento (17 agosto 2015) con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido hoy de conformidad con el Reglamento, se considerará que tal ley ha sido elegida como aplicable a la sucesión. Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos, que permite entender que se produjo la “*professio iuris*” a favor de la ley nacional.

Por otro lado, no es necesario obtener y aportar certificado del ejecutor testamentario o administrador de la herencia que acredite la cualidad de heredero (“Grant of Probate” o “Letter of Administration”), que a su vez derivaría de un previo “Grant of Representation”, figura prevista en el Derecho de Inglaterra y Gales como una legitimación judicial a favor del ejecutor o administrador del caudal relicto, que sin embargo, no siempre es necesaria (en particular, no lo es cuando el caudal hereditario no alcanza cierto valor, ni cuando los bienes pasan directamente al cónyuge o pareja civil del difunto por ser propiedades conjuntas entre ambos del tipo “in joint names”). En el caso resuelto, la “*lex rei sitae*”, es decir la española, es la que rige los procedimientos para la transmisión de los inmuebles; y el título de esta sucesión, a los efectos del artículo 14 LH, es el testamento.

R. 1 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8478)

Admite la inscripción de una escritura de notario español en la que se formalizan las operaciones de liquidación y adjudicación de la herencia de un nacional sueco, cuya sucesión se abre antes de la vigencia del R UE 650/2012 y se rige, por tanto, por la ley nacional del causante (artículo 9-8 Cc).

Se desestiman los tres defectos de la calificación. Primero, se considera acreditado que el inventario de bienes relictos expedido por la Agencia Tributaria de Kalmar es título sucesorio hábil según el Derecho sueco. Así resulta del artículo 637 del Código de Sucesiones Sueco; y del artículo 60 Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, del que resulta la habilidad de este tipo de documento como título sucesorio a los efectos del artículo 14 LH. Segundo, se considera válido y eficaz el acta de manifestaciones otorgada por una de las hijas del causante, ante notario alemán, del que resulta sin duda su consentimiento a la adjudicación de los bienes en España a favor de sus hermanas, al darse por pagada con bienes en Suecia. Existe equivalencia funcional con un documento similar ante notario español, a los efectos del artículo 56 Ley 29/2015. En tercer lugar, tampoco hay defecto en el acta otorgada ante el notario recurrente, en la cual, la exesposa del causante –divorciada en el momento del fallecimiento de éste– declara que carecía de titularidad alguna sobre los bienes objeto de inscripción. El notario establece prueba cumplida de su posibilidad conforme al Derecho sueco (artículo 230 Código de Matrimonios del Reino de Suecia). Además, frente a la objeción registral de no constar si el carácter privativo deriva de la adquisición o de una posterior liquidación del régimen conyugal, la Dirección entiende que, siendo la otorgante mayor de edad y capaz, no cabe ir más allá de sus propias manifestaciones ante el notario español.

HERENCIA YACENTE

R. 18 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 349)

Deniegan la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, seguido contra ignorados herederos del titular registral, sin constancia de la forma en que se hayan realizado las notificaciones a los herederos indeterminados y sin haber sido nombrado defensor judicial de la herencia yacente.

Esta conclusión no se modifica por el hecho -que tampoco podría tenerse en cuenta por haberse acreditado ya en fase de recurso- de existir escritura de renuncia de la heredera del titular, al estar otorgada antes del comienzo del procedimiento de ejecución, de modo que la persona supuestamente llamada a la herencia habría desaparecido, ya antes de la demanda, del círculo de intereses relativo a la defensa del caudal hereditario. Distinto sería el caso de que la renuncia hubiese sido posterior al inicio del procedimiento y previo emplazamiento de los herederos llamados a la sucesión, en cuyo caso la posibilidad de intervención en defensa de la herencia hubiese quedado garantizada.

R. 19 diciembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 354)

Deniega la práctica de una anotación de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia de su padre, respecto de un bien concreto inscrito a nombre de éste y su esposa con carácter ganancial. Es precisa la aportación de todos los documentos necesarios para ello y, en particular, del título sucesorio, que no puede ser otro que cualquiera de los enumerados en el artículo 14-1 LH (testamento o declaración de herederos). La anotación pretendida no puede hacerse extensiva al derecho de otros posibles herederos, cuya existencia no queda excluida con la documentación presentada. Es preciso conocer qué derecho hereditario corresponde al deudor, porque sólo su derecho podrá ser embargado.

R. 12 febrero 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2491)

Publica, tras haber devenido firme, la S AP Álava (1ª) 14 julio 2016, la cual confirmó la S Juzgado 1ª instancia número dos Vitoria 2 marzo 2016, por la que se había anulado la R. 22 octubre 2015 (BOE 277, 19-XI-15: 12498).

En la resolución anulada la Dirección denegó la inscripción de una sentencia declarativa de dominio dictada contra una herencia yacente, por entender que se había dirigido la demanda contra herederos indeterminados, sin apreciar en el supuesto concreto la concurrencia de ninguna excepción a la doctrina de la Dirección de que, si no se conocen herederos ciertos a quienes dirigir la demanda, lo procedente es demandar al administrador judicial nombrado al efecto.

R. 15 febrero 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2732)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara adquirida una finca por usucapión, como resultado de procedimiento ordinario seguido contra el titular registral y sus desconocidos herederos, sin nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. El llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a los mismos, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales.



R. 14 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4287)

Deniega la práctica de una anotación de embargo trabado en procedimiento judicial seguido contra la herencia yacente de una persona que, junto con su cónyuge, aparecen como titulares de la finca en el Registro.

El procedimiento se ha dirigido contra la herencia yacente, sin que resulte identificado ningún posible heredero y sin que tampoco se haya nombrado defensor judicial de la misma. Por otro lado, dado que se ha acreditado el fallecimiento del cónyuge del ejecutado, es necesario que también sean demandados sus herederos para que el embargo sea anotable (artículo 144-4 RH).

LEGADOS

R. 16 mayo 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7180)

La testadora nombró albacea; legó determinada finca registral a cuatro sobrinos; además nombró heredero único a uno de ellos; por último, legó a otro de ellos la participación que le correspondiera en varias fincas registrales, entre las que se incluye la misma que había sido objeto del legado anterior. Ahora, caducado el cargo del albacea y sin haber sido aceptados ni entregados los demás legados, se debate la inscripción de la escritura por la que el legatario que es a la vez heredero único se adjudica su cuarta parte indivisa según el primer legado. Para el registrador hay una clara contradicción entre las cláusulas del testamento, y exige que consienta el sobrino que es legatario de las reseñadas participaciones indivisas en el segundo legado. La Dirección sin embargo admite la inscripción.

Se trata de determinar cuál es la voluntad de la testadora a través de la literalidad del testamento (artículo 675 Cc). La interpretación testamentaria corresponde a los herederos o, en su caso al albacea y, en su defecto, a la autoridad judicial. En este supuesto el cargo del albacea está caducado y además manifiesta el heredero que desde el fallecimiento de la causante se le hizo saber al albacea su nombramiento, sin que hiciera interpretación del testamento. Por lo tanto, la interpretación corresponde al heredero, quien tiene además la obligación de entregar los legados y cumplir en este punto la voluntad de la testadora. Para la Dirección lo que existe es una mera imprecisión terminológica. Resulta convincente la interpretación del notario autorizante de la escritura, porque es también el mismo que autorizó el testamento, lo que favorece su conocimiento de lo que efectivamente fue voluntad de la testadora (interpretación auténtica).

LEGÍTIMA

R. 9 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1017)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato de compraventa, en la que, fallecido el vendedor, la elevación es otorgada por su hija, designada en su testamento heredera universal, sin que comparezca el otro hijo, a quien le atribuyó sólo la legítima estricta por título de legado.

Es doctrina consolidada que en Derecho común la legítima tiene la naturaleza de “pars bonorum”, de ahí que se imponga la necesaria intervención del legitimario en la partición, dado que el inventario, el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones de las que de-

pende la intangibilidad de la misma. Por tanto, debe confirmarse la calificación que exige la concurrencia del legitimario para poder elevar a público el documento privado de compraventa.

PARTICIÓN

R. 21 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 422)

Deniega la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y herencia, en la cual la viuda está representada por su tutor que es uno de los hijos y herederos, porque falta la autorización judicial exigida para la partición realizada por tutor (artículos 272 y 1060 Cc).

Este motivo de denegación es independiente de la alegación de los recurrentes de que, por el poco valor de lo adjudicado a la viuda, no existe oposición de intereses entre ella y su tutor (lo cual hubiese obligado al nombramiento de un defensor judicial).

R. 11 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1022)

La testadora nombró contador-partidor con las más amplias facultades, incluyendo la de entregar legados, instituyó heredero a dos hijos y legó a los otros tres hijos sus respectivas legítimas ordenando que les fueran pagadas en dinero metálico.

Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia de la causante otorgada por el contador-partidor (y por los dos hijos instituidos herederos, que como tales, adicionan dos bienes a la herencia del marido de la causante). El contador, al no haber dinero en la herencia, adjudica a los legitimarios porciones indivisas de fincas de la herencia, lo cual les es notificado sin que conste que hayan realizado alegación alguna.

No habiendo dinero en el caudal relicto, no es obligatorio para el contador-partidor ni los herederos realizar forzosamente el pago de la legítima en metálico extrahereditario. Primero, porque no estamos en el caso de adjudicación de empresa familiar del párrafo segundo del artículo 1056 Cc. Segundo, porque, aunque no es claro si lo dispuesto por la testadora fue la facultad de pago en metálico de la legítima del artículo 841 Cc, lo cierto es que no ha sido ésta la vía utilizada por el contador, al haber caducado los plazos previstos a tal fin. Lo efectuado ha sido una partición de contador-partidor (1057) -que no requiere la intervención de los legitimarios-, en la que se han adjudicado bienes de la herencia en pago de la legítima, de conformidad con su naturaleza de “pars bonorum”. Tercero, porque el contador-partidor no ha sido autorizado para vender los bienes de la herencia y obtener dinero con el que pagar a los legitimarios (quienes además, en tal caso, tendrían que haber consentido).

R. 29 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1940)

Admite la inscripción de una partición de herencia de causantes gallegos, realizada mediante expediente notarial de nombramiento de contador-partidor dativo según los artículos 1057-2 Cc y 66 y 50 LN. La modificación legal operada en esta materia por la Ley de Jurisdicción Voluntaria pretende racionalizar nuestro sistema procesal mediante un procedimiento extrajudicial que, aunque materializado a través de la modificación del Código civil, tiene carácter procesal, por lo que también pueden acceder a él las personas sometidas a legislaciones forales, que carecen de competencia procesal.

Por otro lado, el nuevo procedimiento del 1057-2 Cc es congruente y no contraviene el ordenamiento gallego: el artículo 270-2 Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia permite que la partición por contador-partidor pueda realizarse “en cualquiera de los casos admitidos por la ley”; el artículo 1-3 declara que el derecho estatal es supletorio del gallego en cuanto no se oponga a sus principios; además, el ordenamiento gallego no contiene una reserva expresa en favor de los órganos jurisdiccionales, como sí la hay en los derechos navarro (ley 344 CDCFN) y aragonés (artículo 450-4 CDFA), si bien entiende la Dirección que estos dos últimos ordenamientos forales también son compatibles con el contador partidor dativo del Código civil.

Por último, la partición por mayoría regulada en Derecho gallego (artículos 295 y siguientes Ley 2/2006) es una particularidad foral de carácter sustantivo, que subsiste y concurre con la partición por contador-partidor dativo del 1057-2 Cc, la cual tiene la naturaleza procesal referida de la Jurisdicción Voluntaria.

R. 28 febrero 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3650)

El testador: legó a sus tres hijos el tercio de legítima estricta, pero disponiendo que a los bienes relictos se deberían añadir las concretas cantidades que en vida entregó a sus hijos, de modo que tales cantidades se restasen del haber de cada uno; subsidiariamente legó un bien a dos de sus hijos en pago de su legítima estricta; instituyó heredera universal a la restante hija; y nombró contadora-partidora con plenitud de facultades.

En el cuaderno particional -firmado sólo por la contadora- se hace constar que uno de los legatarios de legítima estricta recibió en metálico por donación en vida del causante una cantidad superior a la de su haber hereditario, de modo que nada más le corresponde y por tanto, no se le adjudica el bien legado subsidiariamente. Ahora se admite la inscripción de la escritura de este cuaderno particional, la cual ha sido otorgada por la contadora, la viuda y la hija heredera.

A pesar de la intervención de la viuda y la heredera, la partición de la contadora mantiene su carácter unilateral, que no se altera por la comparecencia de alguno de los herederos: la viuda interviene para liquidar los gananciales; y la heredera no tiene otra intervención que aceptar lo operado por la viuda en la liquidación y por la contadora en la distribución de la herencia.

Por otro lado, la Dirección no comparte que se haya transformado la legítima de uno de los legatarios en un derecho de crédito, lo cual supondría un acto de disposición que excedería de las facultades de la contadora, sino que por el contrario, lo que ha hecho ésta es seguir con fidelidad las instrucciones del testador, que sólo contemplaba la adjudicación del inmueble en pago de legítima de forma subsidiaria. La línea que separa lo particional de lo dispositivo no siempre es nítida; y la regla general de la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa de los lotes del artículo 1061 Cc no implica igualdad matemática absoluta; debiendo pasarse por la partición mientras no sea claramente contraria a lo dispuesto por el testador, sin perjuicio de su posible impugnación por los interesados.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6153)

Publica la S firme Juzgado 1ª Instancia número 4 de Burgos, 19 noviembre 2014, que anula la siguiente resolución:

R. 29 enero 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2143)

Rechaza la inscripción de una escritura de partición otorgada por uno de los albaceas contadores-partidores solidarios, nombrados con “las más amplias facultades, incluso la de entregar legados”, por extralimitación del contador, quien prescinde de una legataria al interpretar incumplida por ella la condición que se le impuso en el testamento (asistir y acompañar hasta el final de su días al testador). El contador notificó a la legataria por burofax su intención de prescindir de ella en la partición; la legataria no contestó.

Las competencias del contador se ciñen a contar y partir, realizando los actos jurídicos y materiales precisos para ello: divisiones, segregaciones, pago de excesos de adjudicación si las fincas no tuvieran fácil división. Para ello no precisa del concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del viudo si hubiera que liquidar previamente la sociedad conyugal. No puede realizar actos que excedan de la partición: conmutar la legítima del viudo, realizar hijuelas para el pago de deudas, atribuirse funciones privativas del testador, como revocación de disposiciones o valoración de los supuestos de desheredación. Por lo que afecta a este caso, tampoco puede valorar si una legataria ha cumplido la condición que le impone el testador, pues esto es una cuestión previa a la propia partición que sólo puede resolverse con la conformidad de la interesada (expresada en escritura pública, y no por mero silencio ante la notificación por burofax) o con resolución judicial. No se trata de interpretación de una cláusula testamentaria, sino de interpretar los hechos determinantes del cumplimiento o no de una condición.

RENUNCIA

R. 1 junio 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8477)

La causante falleció intestada. Fueron declarados herederos abintestato sus tres hijos, quienes renunciaron a la herencia en documento separado. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia de la causante, otorgada sólo por el viudo, quien se declara único heredero abintestato, entendiendo que la renuncia de los herederos fue por sí y por su stirpe, excluyendo el derecho de representación.

El acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato no es el título que determina la vocación ni la delación, sino que es un título de carácter formal y probatorio de las circunstancias de individualizan al sucesor y acreditan la inexistencia de testamento. Se limita a declarar una delación ya deferida por la Ley. El acta del supuesto no acredita todas las circunstancias que deben concurrir para que el viudo sea llamado como heredero: no se acredita la existencia o inexistencia de descendientes de grado ulterior, ni el fallecimiento previo de los ascendientes. Bastaría una declaración de notoriedad de las circunstancias mencionadas, sin que sea suficiente la manifestación del viudo.

RETRACTO DE COHEREDEROS

R. 8 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1012)

Admite la inscripción de una escritura de herencia, sin necesidad de que comparezca como otorgante de la misma una coheredera



que vendió sus derechos hereditarios a un tercero, lo que produjo el ejercicio de su retracto por parte de los demás coherederos.

La naturaleza del derecho hereditario antes de la aceptación de la herencia, es la de un derecho personalísimo atribuido al heredero para adquirir la herencia mediante la aceptación. Después de producida ésta, el derecho hereditario es el que corresponde a cada heredero sobre la universalidad de los bienes y derechos de la herencia.

Se entiende que la heredera del supuesto aceptó la herencia desde que vendió su derecho a un extraño (artículo 1000 Cc). Y en consecuencia, entró en juego el derecho de retracto del artículo 1067, que fue ejercitado por los demás coherederos, quienes se subrogaron en lugar del comprador y por tanto, en la posición de la heredera.

SUSTITUCIÓN

R. 15 diciembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 147)

Se trata de una sucesión regida por el Derecho aragonés. En su día, unos padres designaron fiduciarios en su testamento. En 1978 fue otorgada escritura en la que los fiduciarios designaron heredero a uno solo de los hijos de los testadores, con la sustitución fideicomisaria condicional de que, si el heredero falleciese sin descendientes y sin disponer de todos los bienes, el resto pasaría a dos de sus hermanas. En dicha escritura, el designado heredero bajo dicha condición, aceptó la herencia de sus padres. Ahora se pretende la inscripción de la escritura de herencia del heredero, en la que se adjudican a sus hermanas fideicomisarias, no sólo los bienes fideicomitidos procedentes de la herencia de sus padres, sino también una finca que él había adquirido por compra.

La Dirección lo deniega. La fiducia comprende sólo los bienes transmitidos por los fideicomitentes. Tampoco puede aceptarse que la aceptación del heredero en la escritura en que los fiduciarios lo designan como tal, suponga un pacto sucesorio. Para que una manifestación pueda considerarse disposición de última voluntad -testamentaria o paccionada- que vincule los bienes del otorgante, es precisa una mayor claridad y determinación. En consecuencia, respecto de los bienes ajenos al fideicomiso, habrá que acreditar quiénes son los interesados en la sucesión del hijo, conforme a los artículos 14 LH y 76 RH.

R. 10 mayo 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7104)

La madre falleció bajo un testamento en el que instituía heredera a su única hija, incapacitada judicialmente, y respecto de los bienes no dispuestos por ella -a través de sus tutores- nombró sustitutos ejemplares a otros herederos. Esta única hija falleció con posterioridad a su madre, habiendo otorgado un testamento antes de su incapacitación, en el que instituía heredera a su madre sustituida vulgarmente por una tía carnal, quien también le premurió.

Ahora se presenta la escritura donde las herencias de la madre y la hija se adjudican a las personas que la madre había instituido como sustitutos ejemplares de su hija. El registrador considera que la sucesión de la hija no se rige por el testamento de su madre, sino por el suyo propio, procediendo, al haber premuerto sus herederas testamentarias, el llamamiento a sus herederos abintestato (artículo 1912 Cc). Sin embargo, la Dirección admite la inscripción: ciertamente, las disposiciones sucesorias otorgadas por una persona antes de

la modificación judicial de su capacidad no pueden ser alteradas por la sustitución ejemplar ordenada por su ascendiente (así se infiere de los artículos 776-2 y 664 Cc); pero si la hija, cuando aún era capaz, instituyó heredera a su madre sustituida por una tía, y ninguna de las dos le ha sobrevivido, debe entenderse que al fallecimiento de la testadora no existe testamento y es plenamente eficaz la sustitución ejemplar ordenada por la madre.

Por lo demás, la Dirección recapitula doctrina. La sustitución ejemplar -como la pupilar- constituye una excepción al carácter personalísimo del testamento. Comprende todo el patrimonio del sustituido y no sólo los bienes dejados a éste por el sustituyente (S TS 14 abril 2011).

R. 5 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8708)

La testadora instituyó herederas a sus dos hermanas por partes iguales, con derecho de acrecer entre sí en caso de premoriencia y con sustitución vulgar en favor de un sobrino. Una de las hermanas falleció con posterioridad a la testadora, sin haber aceptado ni repudiado la herencia, dejando su propio testamento en el que nombraba heredera universal a la hermana sobreviviente. Contra ésta se ha seguido un procedimiento administrativo de apremio que ha concluido con la adjudicación de los derechos hereditarios que corresponden a la deudora sobre determinadas fincas inscritas a nombre de la hermana primeramente fallecida, cuya herencia no consta haberse partido ni aceptado por la deudora, si bien la adjudicación se realiza sobre la base que ésta es dueña del 100% de la finca (50% como heredera directa y 50% por efecto del “ius transmissionis”).

Sin embargo, la Dirección rechaza la inscripción de la adjudicación, porque no resulta inequívocamente que la apremiada sea la heredera única de la titular registral. No pudiendo darse por acreditada la no renuncia de la herencia de la titular registral por la coheredera fallecida en segundo lugar, ni en consecuencia, la ineficacia de la sustitución vulgar ordenada en el testamento de aquélla, no puede aceptarse la tesis de que estemos en un supuesto de heredero único. Tampoco parece aceptar esta tesis la Administración actuante, pues lo que embarga, subasta y adjudica no son fincas o cuotas indivisas concretas, sino los derechos hereditarios que pudieran corresponder a la embargada sobre determinadas fincas. Tales derechos no son susceptibles de inscripción, sino de mera anotación preventiva.

TRACTO SUCESIVO

R. 20 diciembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 417)

El título calificado es una escritura de compraventa de cuota en régimen de propiedad horizontal que da derecho al uso y disfrute exclusivos de cierta plaza de garaje, a la cual se añade que le corresponde como anejo un trastero, que figura en la certificación catastral incorporada pero no en el Registro. Debe suspenderse la inscripción del anejo, por no constar previamente inscrito a favor del transmitente (artículo 20 LH).

R. 29 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1939)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo, ordenada en procedimiento civil, sobre finca inscrita a nombre de una sociedad diferente de la sociedad deudora. En concreto, la sociedad

deudora era la anterior titular que ahora ha aportado las fincas a una ampliación de capital de la nueva sociedad titular.

Las excepciones al principio de tracto sucesivo deben ser expresas. Así ocurre, por ejemplo, con la establecida en el párrafo sexto del artículo 170 LGT, que permite obtener anotación preventiva de prohibición de disponer sobre fincas de una sociedad sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella. Por otro lado, el último párrafo del artículo 20 LH permite anotaciones de embargo sobre bienes inscritos a nombre de quien no es el imputado, pero sólo en procedimientos penales donde haya indicios racionales de que este último es el verdadero titular. Por último, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo exige un previo pronunciamiento judicial al respecto, que en este supuesto no se ha producido.

R. 30 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1942)

Recapitula doctrina consolidada. El expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional, que sólo procede cuando hay verdadera interrupción del tracto; es decir, cuando la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral. Así, no hay propiamente interrupción y no procede el expediente, entre otros casos, cuando el promotor adquirió del heredero único o de todos los herederos del titular. Sin embargo, la Dirección suaviza esta doctrina, permitiendo la inscripción del expediente cuando el promotor no haya adquirido del heredero único o de todos los herederos del titular; y cuando exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la cadena de titularidades.

Aplicando este último criterio permisivo, en este supuesto se admite la inscripción de un auto judicial de reanudación de tracto, dictado en virtud de procedimiento iniciado antes de la vigencia de la Ley 13/2015, cuyos promotores adquirieron dos tercios por herencia de uno solo de los herederos del titular, y el otro tercio por herencia de un hermano de los propios promotores no formalizada públicamente. Se alega que los promotores no adquirieron de todos los herederos del titular registral; que es imposible localizar a los demás herederos; y que, aun localizándolos, el promotor carecería de acción directa frente a los herederos que no le transmitieron.

Por lo demás, la escritura pública no es el único medio para declarar obras nuevas, sino que vale también el auto judicial de expediente de dominio que cumpla con los requisitos legales. En este caso, se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta la terminación de la obra en 1890 y su descripción coincidente con el título, por lo que cabe la inscripción al amparo del artículo 28-4 LS.

R. 12 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4283)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia, en cuanto a una dieciseisava parte indivisa de finca, por cuanto a la misma figura inscrita a nombre de otra persona. La documentación aportada no reúne los requisitos que permiten rectificar un asiento bajo la salvaguarda de los tribunales, a los cuales deberá acudir, salvo consentimiento de todos los titulares registrales de dicha participación indivisa.

R. 22 marzo 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4710)

Suspende la inscripción de un testimonio de auto judicial dictado en procedimiento de reanudación de tracto interrumpido trami-

tado conforme a la normativa anterior a la Ley 13/2015. La inscripción tiene más de 30 años y uno de los cónyuges titulares registrales ha fallecido, según se acredita con certificado de defunción.

El entonces vigente artículo 202 LH establecía que los expedientes de reanudación de tracto eran inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que las mismas tuvieran más de 30 años de antigüedad y el titular de las mismas hubiese sido citado “en debida forma” sin haber formulado oposición. Esta exigencia no puede entenderse cumplida con una citación genérica, como la del supuesto, dirigida “a cuantas personas ignoradas pudiera perjudicar la inscripción”. Además, el tiempo transcurrido (desde 1949) todavía no permite evidenciar el fallecimiento de la otra cotitular, cuya muerte no se justifica mediante certificación del Registro Civil.

Por otro lado, no constituye defecto que impida la inscripción la omisión de la publicación en periódicos de mayor circulación a que se refería el artículo 201-3ª párrafo segundo LH, puesto que no constituía trámite esencial del procedimiento. En el expediente de reanudación de tracto, el trámite esencial -que la calificación impugnada da por cumplido- es la citación personal y la no oposición del titular registral.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5029)

Suspende la inscripción de un testimonio de decreto de adjudicación mediante subasta en procedimiento de ejecución de sentencia declarativa de disolución de comunidad. No consta la intervención en el procedimiento de uno de los titulares registrales. En cuanto al otro cotitular, se estima el recurso y se revoca la calificación porque, si bien tampoco ha sido demandado, consta su intervención en el proceso como parte actora.

R. 19 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6159)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia, en la que se inventaría y adjudica una mitad indivisa de finca, porque la misma consta inscrita a nombre de persona distinta del causante.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6324)

Suspende la práctica de una anotación preventiva de embargo, en cuanto al cincuenta por ciento de dos fincas, porque constan inscritas a nombre del propio demandante. Es precisa la previa inscripción de esta cuota a favor de la demandada, sin que a tal afecto sea título adecuado el documento privado que se aporta. Tampoco procede tomar anotación preventiva de suspensión, porque el dominio de la demandada alegado trae causa de persona diferente del titular registral (artículo 629-2 LEC).

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6333)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual los vendedores manifiestan que la finca les pertenece como únicos herederos de uno de los titulares registrales, quien a su vez fue heredero de su esposa -la otra titular registral-.

La registradora suspende la inscripción por falta de tracto sucesivo, al no haber tenido acceso al Registro los títulos intermedios. Sin embargo, la Dirección entiende aplicable la regla del último párrafo del artículo 20 LH: cuando en una partición verificada después del



fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a quienes lo fuesen de éste los bienes que al mismo correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, haciendo constar las transmisiones realizadas. Este párrafo se refiere al derecho de transmisión del artículo 1006 Cc. En consecuencia, queda justificado el tracto abreviado sin necesidad del otorgamiento de ninguna otra escritura.

R. 9 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6878)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en 1980, por la cual se venden unas cuotas indivisas de varias fincas, porque el dominio actualmente se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del transmitente, por haber accedido al Registro otras ventas.

R. 30 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8054)

Consta inscrita una finca a nombre de cuatro personas físicas. Ahora se deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura -previamente inscrita en el Registro Mercantil- de transformación de sociedad civil en limitada, en cuyo activo se incluye la finca, la cual se pretende que se inscriba a nombre de la sociedad limitada. El principio de tracto sucesivo exige para poder efectuar la inscripción solicitada, que se aporte e inscriba en el Registro de la Propiedad el título de adquisición de la finca por la sociedad que se transforma.

R. 31 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8055)

Es continuación del mismo supuesto que dio lugar a la R. 3 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13878). En ella, declarada la nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, se denegó la cancelación de los derechos posteriores, cuyos titulares no habían sido parte ni habían sido emplazados en el procedimiento. En su día se había tomado anotación preventiva de demanda de nulidad, pero éstas se encontraban caducadas, siendo doctrina consolidada que la cancelación de las anotaciones preventivas opera "ipso iure", careciendo desde entonces de todo efecto jurídico y particularmente, del de la prioridad.

Ahora sin embargo, se admite la inscripción del mismo título, el cual se presenta en esta ocasión acompañado de un mandamiento que transcribe una diligencia del ordenación en la que se hace constar que han sido notificados todos los titulares de los derechos posteriores sin presentación de alegación alguna por su parte, de modo que ya no existe indefensión de los mismos.

TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN

R. 31 enero 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1945)

Admite la tramitación de un procedimiento de conciliación ante el registrador del artículo 103-bis LH (en su redacción resultante de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria), cuyo objeto es la restitución de una porción de terreno reclamada por el solicitante, titular de una finca registral, a los titulares de otra finca registral colindante, así como una indemnización por los perjuicios causados por la ocupación del terreno.

El asunto se encuentra dentro de la competencia territorial y funcional de este registrador, porque las fincas corresponden a su

Registro y estamos ante una controversia inmobiliaria, no siendo relevante que la pretensión sea o no inscribible en sí misma, ya que el artículo 103-bis declara sometibles a conciliación las controversias inmobiliarias o (disyuntiva) que versen sobre actos inscribibles.

Por último, se desestiman también los otros defectos de la calificación, referidos a la falta de liquidación del impuesto, necesidad de que los documentos aportados lo sean en original y no en fotocopia, y necesidad de que estén completos los datos identificativos de las partes. Al tiempo de solicitar la conciliación no son exigibles los requisitos propios de la inscripción, sino los de los artículos 14 y 141 LJV (a falta de regulación específica en el artículo 103-bis LH), que en este caso se cumplen, salvo en cuanto en cuanto al NIF de los requeridos, el cual no obstante, al tratarse de fincas inscritas, constan en la certificación registral que se acompaña.

R. 20 febrero 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3195)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa un acuerdo transaccional en el que las partes reconocen la preexistencia de una servidumbre.

El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente. Por otro lado, la servidumbre no está suficientemente delimitada a los efectos de los artículos 9 LH y 51 RH, en cuanto a su extensión, límites y demás características configuradoras.

R. 7 marzo 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4279)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende en virtud de testimonio de auto aprobatorio de avenencia alcanzada en procedimiento de conciliación instado ante el juez de Paz (artículo 140 LJV), siendo el título material de adquisición la usucapión extraordinaria ganada por una de las partes frente a la comunidad hereditaria en cuya representación dice actuar el otro otorgante.

Estamos en presencia de un mero reconocimiento de dominio y no de una verdadera transmisión con expresión de su causa. Ciertamente, en general, la usucapión en sí es un título de adquisición con causa, que es la prescripción ganada; pero en este caso no hay un pronunciamiento judicial de fondo sobre la realidad de la usucapión, sino una conciliación cuyo carácter es contractual.

Existen otros defectos. Es doctrina consolidada que la transacción y la conciliación tienen naturaleza privada, por lo cual, aunque hayan sido homologadas judicialmente, no alcanza la condición de título inscribible conforme al artículo 3 LH. Además falta la expresión de los linderos de la finca, que es una de las circunstancias descriptivas esenciales a efectos de inscripción (artículo 9 LH). Por último, no está suficientemente acreditada la legitimación pasiva de la herencia yacente, dado que quien dice actuar en su nombre, no aporta documento alguno que acredite su cualidad de administrador.

R. 30 mayo 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8052)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa el transaccional alcanzado por varios hermanos condueños de una finca, respecto de la disolución del condominio.

El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente,

en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución, de modo que, si las partes no otorgan voluntariamente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC. Ciertamente es también doctrina consolidada la que permite inscribir el acuerdo transaccional cuando su objeto sea el propio de un convenio regulador (artículo 90 Cc) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial. Sin embargo, el supuesto calificado nada tiene que ver con esta excepción.

R. 29 mayo 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8145)

Se alcanzó un acuerdo transaccional homologado judicialmente en un procedimiento iniciado por un hermano que reclamaba su legítima al otro, quien figuraba como titular registral de las fincas. El auto que homologaba la transacción fue objeto de protocolización notarial a instancias sólo del actor. Ahora se pretende la inscripción del acta notarial de protocolización.

La Dirección lo deniega y exige el consentimiento del otro hermano, quien además figura como titular registral de las fincas. No estamos ante una decisión judicial sobre el fondo del asunto resuelto en un procedimiento ordinario, sino ante una transacción, cuya homologación por el juez no altera su naturaleza privada, sino que se limita a acreditar la existencia del acuerdo. Ciertamente el artículo 213 RN admite que la protocolización de los expedientes judiciales se haga a requerimiento de cualquier persona que entregue el expediente junto con el auto judicial que ordena la protocolización. Pero esto sirve sólo para la incorporación del auto al protocolo. Si se pretende la inscripción de la transacción en el Registro de la Propiedad, es precisa su transformación en documento público que recoja el consentimiento de todas las partes.

R. 6 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8709)

Deniega la inscripción de un acuerdo transaccional homologado judicialmente alcanzado en un procedimiento ordinario de extinción de comunidad entre dos ex cónyuges actualmente divorciados.

Es doctrina consolidada que el acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente. La transacción resulta inscribible la transacción cuando su objeto sea el propio de un convenio regulador de separación, nulidad o divorcio (artículos 769 y siguientes LEC), pero no lo es -y hace falta escritura pública- en caso de procedimiento para la liquidación del régimen económico conyugal (artículos 806 y siguientes). En el supuesto resuelto no consta la conexión con la situación de crisis matrimonial.

TUTELA

R. 5 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3894)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en 2017, en la que varios de los vendedores están sometidos a patria potestad, otro se encuentra judicialmente incapacitado y sometido a la tutela de una fundación privada, y otro está representado por el organismo competente de la Comunidad Autónoma que en su día asumió funciones tutelares, por tratarse de un menor que se encontraba en situación de desamparo, disponiendo la medida de acogimiento. Se aportan testimonios de dos autos

judiciales: uno de 2013 que autoriza la venta en nombre de los sometidos a patria potestad y del incapacitado sometido a la tutela de la fundación; y otro de 2008 que autoriza la venta en nombre del menor en acogimiento.

Independientemente de la fecha de la escritura, la tramitación del expediente judicial de autorización es anterior a la LJV-2015, de modo que resulta aplicable al caso el entonces vigente artículo 2015 LEC-1881, según el cual la autorización judicial para vender bienes del tutelado se concede en todo caso bajo la condición de que la venta sea en pública subasta, trámite que no se ha producido en este caso. Sin embargo, la Dirección considera implícita la autorización para la venta directa en los autos judiciales aportados, porque el citado precepto excluía de la necesidad de subasta la ventas hechas por padre o madre con patria potestad, que es lo que ocurre con algunos de los vendedores representados, de modo que dar un tratamiento diferenciado a personas que están en la misma situación violaría derechos como la tutela judicial efectiva y la igualdad de trato.

Por otro lado, es cierto que han transcurrido varios años entre la autorización judicial y la compraventa, y que ha podido variar entre tanto el valor del bien; pero lo cierto es que, ni el propio auto ni ninguna norma imponen un término para la venta, por lo cual tampoco puede hacerlo la registradora.

Por último, también se rechaza el criterio de la registradora de que las funciones tutelares asumidas por la Comunidad Autónoma respecto de menores en desamparo, no son una verdadera tutela en tanto no se constituya por sentencia y se inscriba en el Registro Civil. Lo cierto es que tales funciones comprenden las mismas facultades que la tutela ordinaria, como establece el vigente artículo 228-3-1 Código civil de Cataluña (Ley 25/2010); y como también se derivaba del artículo 3 Ley 37/1991 sobre Protección de Menores Desamparados y Adopción, norma que regía al tiempo de emitirse el auto de 2008.

R. 23 marzo 2018 (BOE 84, 23-III-18: 4712)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada ante notario español. El vendedor es un ciudadano alemán, residente en Alemania e incapacitado judicialmente, cuyo tutor otorgó ante notario alemán un poder para esta venta a la persona que comparece en representación de la parte vendedora.

Al no existir instrumento de Derecho europeo ni Convenio aplicable en España, la norma de conflicto es la del artículo 9-6 Cc, que remite a la ley de la residencia habitual -en este caso la alemana- como aplicable a la protección del incapaz. La acreditación del Derecho extranjero podrá realizarse por los medios del artículo 36 RH.

En el caso resuelto, el notario español no realiza juicio ni valoración alguna sobre la capacidad necesaria para el acto escriturado. Tampoco hay una adecuada reseña del objeto de los documentos judiciales alemanes exhibidos al notario, para acreditar que la enajenación de un inmueble (que conforme a la legislación española hubiese exigido autorización judicial) cumple las exigencias de protección del tutelado impuestas por la ley de su residencia habitual.



UNIÓN DE HECHO

R. 11 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8714)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa a favor de los integrantes de una pareja de hecho, con carácter privativo y por mitades indivisas, habida cuenta de que, al inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho del Gobierno Vasco, acordaron someterse al régimen de gananciales del Código civil. La registradora deniega la inscripción porque, al considerar aplicable por pacto el régimen de gananciales, exige la expresión de una causa que justifique la inaplicación del principio de subrogación real en cuya virtud los bienes serían gananciales.

Sin embargo, la Dirección se remite a la doctrina de la R. 7 febrero 2013. No está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión, por los siguientes motivos: imposibilidad de crear una sociedad de gananciales sin matrimonio; falta de publicidad de la misma frente a terceros; los regímenes económico-matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales. El Registro de Parejas de Hecho es administrativo y por tanto, los pactos del documento inscribible en él no perjudicarán a terceros.

Por tanto, no puede aplicarse a la adquisición por los miembros de una pareja de hecho el régimen de la sociedad de gananciales, a pesar de haber sido pactado expresamente. Ello no obsta para que los convivientes puedan pactar que se hagan comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, pero esto deberá realizarse mediante figuras como la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes, siendo esta última la fórmula utilizada en la escritura calificada.

URBANISMO

R. 10 enero 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1018)

Deniega la conversión en definitiva de la cuota provisional de gastos de urbanización sobre varias fincas. El título se presentó unos días antes de que finalizara el plazo de 7 años de caducidad de la afección, pero la calificación tiene lugar una vez caducada.

La constancia de la elevación a definitiva de la cuenta provisional de liquidación no conlleva, ni la extensión de una nueva afección, ni la prórroga de la existente, ni la conversión en afección indefinida (al contrario, la fecha de la conversión puede servir incluso para acortar el plazo de vigencia de la afección, la cual, a partir de ese momento, tendrá una duración de dos años, cualquiera que fuese el plazo ya transcurrido y siempre con el tope de los 7 años).

R. 2 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5025)

Suspende la inscripción de un acuerdo administrativo de revisión de oficio de un proyecto de reparcelación, que afecta sólo a la titularidad de una de las fincas resultantes. Es preciso el consentimiento del titular registral, y de los titulares de dos embargos posteriores.

La finca en cuestión fue adjudicada en la reparcelación a una sociedad con participación municipal, a cuyo capital social había

aportado el Ayuntamiento varias de las fincas de origen. Sin embargo, ahora el Ayuntamiento -con el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía- ha revisado de oficio el Plan Parcial y el Proyecto de Reparcelación, entendiendo nula la adjudicación de la finca a la sociedad en correspondencia a las fincas de origen inscritas a su nombre, de modo que debió ser atribuida "ex lege" al Ayuntamiento por título de cesión obligatoria como equipamiento público comunitario demanial.

Es doctrina de la Dirección que los proyectos de reparcelación sólo pueden modificarse mediante operaciones jurídicas complementarias cuando éstas no se opongan al instrumento de reparcelación originario; ya que, en caso contrario, deberán tramitarse como verdaderas modificaciones del mismo (S TS 13 noviembre 2002).

En este caso, se pretende que la nulidad del título implique la del asiento, el cual ha creado una apariencia jurídica de titularidad motivadora de dos anotaciones de embargo por deudas de la titular inscrita. Por ello debe afirmarse la improcedencia del procedimiento administrativo tramitado para desvirtuar la eficacia legitimadora del asiento, cuya rectificación requiere ajustarse a los requisitos de la Ley Hipotecaria para subsanar la inexactitud registral procedente de la nulidad del título (artículo 40-d LH): consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. Y tampoco la cesión obligatoria se produciría automáticamente, puesto que los instrumentos urbanísticos adolecen de nulidad en cuanto a esta finca y no producen efecto alguno si no se tramita una modificación del Proyecto de Reparcelación, previa la del Plan Parcial, con las mismas garantías que su aprobación original.

R. 11 junio 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8717)

La R. 30 mayo 2009 (BOE 145, 16-VI-09: 10014) admitió la anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad de una finca constituida en propiedad horizontal, existiendo certificación municipal que acreditaba y delimitaba, tanto el volumen edificable que fue objeto de proyecto y licencia, como el exceso de edificabilidad al que aún se tenía derecho. El promotor se reservó en los estatutos el exceso de edificabilidad, aunque tal reserva no llegó a inscribirse.

Practicado el embargo sobre el sobrante de edificabilidad en virtud de la citada resolución, se realiza la subasta y se presenta el decreto de adjudicación, cuya inscripción es denegada por la presente R. 11 junio 2018, ya que se han incluido en la subasta y adjudicación unos trasteros bajo rasante a los que no se extendía el embargo. Para la Dirección, el sobrante de edificabilidad embargado -único susceptible de subasta y de adjudicación-, era el resultante del informe de la Oficina Técnica Municipal del 2008, concretado en 462 metros cuadrados pendientes de consumir, menos 161 metros edificables después sin licencia pendientes de legalización, pero no los metros destinados a cuartos trasteros en sótano, que no consumen edificabilidad al no computar a efectos de superficie de techo máximo edificable. Además, en el momento de presentarse la adjudicación, la anotación de embargo se encuentra caducada, sin que se hubiese llegado a inscribir la reserva estatutaria de derechos sobre la edificabilidad futura a favor del promotor, existiendo terceros adquirentes de viviendas que no han sido parte en el procedimiento de ejecución (artículo 20 LH). En la propiedad horizontal, es elemento común todo lo que no se configura como privativo.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

HERENCIA YACENTE

Habiendo aceptado solamente uno de los herederos a quienes se ha deferido la herencia, ésta deja de estar en situación de yacencia y puede entregar un legado por sí solo sin necesidad de ningún otro requisito.

RESOLUCIÓN JUS/6/2018, de 8 de enero (DOGC 16.01.2018)

RESUMEN.- En escritura autorizada en 2017, uno de los tres herederos instituidos en el testamento del causante fallecido en 2015, hace entrega de un legado de un local comercial y del negocio que en él regentaba el causante, legado que había sido ordenado «con facultad de disposición». Del testamento y de la escritura de aceptación de herencia, otorgada únicamente por la heredera que hace entrega del legado, resulta que el causante, divorciado, estaba unido en relación de pareja estable con la legataria y que tenía una hija con ésta (la que hace entrega del legado a su madre), así como dos hijos de otra persona.

El registrador de la propiedad suspende la inscripción de la escritura de entrega de legado en base a que, si se considera que sólo ha aceptado uno de los herederos, no se acredita la falta de aceptación de los restantes y a que, si la falta de aceptación no se ha producido realmente, debería notificarse a estos la voluntad de realizar la entrega del legado. El razonamiento del registrador es el siguiente: el art. 411-9.4, que permite al heredero que acepta la herencia hacer entrega de los legados mientras los demás herederos no hayan aceptado, puede perjudicar gravemente a estos, por lo que debería probarse la falta de aceptación; sin embargo, dada la dificultad de acreditar un hecho negativo, exige al menos la previa notificación a los restantes.

La RGDEJ revoca la nota de calificación. El principal argumento radica en la interpretación literal del art. 411-9.4 que, mientras la totalidad de los herederos no hayan aceptado, faculta al heredero o herederos aceptantes, bajo su responsabilidad, para pagar las deudas de la herencia y las cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados. El legislador no establece «ningún otro requisito». El hecho de que se pueda considerar que el legislador tuviera que haber establecido cautelas no autoriza al registrador para exigir las él exigiendo el cumplimiento de requisitos que la ley no prevé» (FD 1.3). Además, esta facultad de cumplir los legados es una novedad introducida por la Ley 10/2008.

Por otra parte, en los legados de eficacia real como el presente el legatario adquiere por la delación de pleno derecho la propiedad de la cosa legada, delación que es eficaz con independencia de que la persona gravada con el legado acepte o no la herencia (arts. 427-14, 427-15 y 427-16.1). No obstante, ello no faculta al legatario para tomar posesión del objeto legado por su propia autoridad, salvo en los casos previstos por la ley, que fueron ampliados al supuesto del prelegado por la Ley 10/2008, en consonancia con la reforma del art. 411-9.4. Entre estos casos en que el legatario puede tomar posesión por sí de la cosa legada, está el supuesto en que el causante le haya autorizado expresamente para ello, que podría considerarse aplicable, según la DG, al caso en cuestión en que a la legataria el testador le atribuyó la «facultad de disposición», expresión que, para tener algún sentido, debería interpretarse como «facultad de tomar posesión de la cosa legada», lo cual es perfectamente congruente con las circunstancias fácticas del caso.



Resuelto el recurso, la DG pone de manifiesto que con anterioridad a la escritura calificada se otorgó otra en que la legataria tomaba posesión por sí del objeto legado, la cual fue calificada negativamente, recurrida y habiendo resuelto el recurso la DGRN ratificando la nota de calificación. La DGDEJ expresa su sorpresa (y su contrariedad) porque se enteró de la resolución de dicho recurso a través del BOE y, especialmente, porque la DGRN lo resolvió siendo manifiestamente incompetente para ello, citando hasta un total de 12 normas del CCCat, cuando basta con una para que debiera alegar su incompetencia a favor de la DGDEJ, conforme al art. 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, confirmado por la STC 4/2014, de 16 de enero.

COMENTARIO.- En la cuestión de la competencia para resolver el recurso no hay mucho que comentar. La RDGRN se atribuye la competencia sobre el caso (y lo resuelve) en la resolución de 9 de junio de 2017 en base al art. 1 de la Ley 5/2009, que cita incorrectamente. Dicho precepto dispone que la competencia corresponde a la DGDEJ «siempre que las calificaciones impugnadas o sus recursos se fundamen-ten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que la DGRN cita literalmente el precepto omitiendo la expresión «o junto con otros motivos». Precisamente dicha expresión fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC que, en la citada sentencia de 16 de enero de 2014, resolvió a favor de su constitucionalidad.

En relación con el fondo del asunto, está claro que el art. 411-9.4 autoriza al único heredero aceptante para realizar la entrega del legado. Lo que no resulta de dicho precepto es cómo pueden tener conocimiento el notario y el registrador de que nos hallamos ante tal supuesto, es decir, que sólo han aceptado uno o algunos de los herederos a cuyo favor se ha deferido la herencia, en los casos en que no es posible acreditar que los restantes herederos no hayan aceptado, ya que pueden haberlo hecho incluso de forma tácita. Es por ello que puede ser razonable la exigencia de al menos una notificación a los restantes llamados a la herencia, en la que se haga constar que el heredero que haya aceptado desconoce si los demás han aceptado y que se dispone a realizar la entrega del legado si en un plazo prudencial no acreditan haber aceptado o manifiestan que aceptan la herencia. Sin embargo, el notario y el registrador deben tener en cuenta también las circunstancias de cada caso y que en el presente, como señala la DGDEJ, el legado que se pretende entregar es de eficacia real y de cosa propia del causante, por lo que el perjuicio que pueden sufrir los demás llamados a la herencia es mínimo, lo que, añadido a las demás circunstancias que concurren en este supuesto, pueden justificar una aplicación menos formalista de la norma.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La extinción de una pareja estable constituida bajo la ley francesa requiere la acreditación del derecho francés para comprobar el cumplimiento de los requisitos que dicha legislación establezca. Dicha consideración impide inscribir la cancelación de un pacto de supervivencia a consecuencia de la extinción de la pareja estable.

RESOLUCIÓN JUS/126/2018, de 24 de enero (DOGC 07.02.2018)

RESUMEN.- En 2012 una pareja estable de nacionalidad francesa y con residencia en Francia adquirió un inmueble en Cataluña con pacto de supervivencia. En 2016, uno de los miembros de la pareja,

otorga una escritura de finalización de pareja de hecho y extinción del pacto de supervivencia por haber cesado la convivencia, requiriendo al notario autorizante su notificación al otro miembro de la pareja y manifestando que al otorgar la escritura de compra olvidó manifestar que ostentaba también la nacionalidad española y la vecindad civil catalana.

El registrador de la propiedad pide el consentimiento del otro titular o la acreditación de que la legislación francesa admite la extinción del pacto de supervivencia por la voluntad unilateral de uno de los partícipes. El notario autorizante recurre la nota de calificación alegando la aplicación del CCCat (en concreto el art. 234-4, que permite la extinción de la pareja estable por voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro), dado que la persona compareciente tenía también la nacionalidad española y la vecindad civil catalana en el momento de la adquisición del inmueble y en el momento de otorgar la escritura de finalización de la convivencia y extinción del pacto de supervivencia.

La DGDEJ confirma la nota de calificación, pues entiende aplicable a la pareja estable la ley francesa en base a las manifestaciones hechas en la escritura de compraventa, mientras que la eficacia de la manifestación unilateral hecha en la escritura de cese de la convivencia no puede ser calificada por la DG por no haberse acreditado los requisitos para dicha extinción conforme a la ley francesa. Ello implica que tampoco se pueda pronunciar sobre la extinción del pacto de supervivencia por cese de la convivencia.

COMENTARIO.- Parece evidente que en el presente supuesto el pacto de supervivencia, ya se considere como una institución del derecho de familia o como un pacto sucesorio, se rige por la ley francesa. Ello se basa en que ambos otorgantes tenían la nacionalidad francesa y la residencia en Francia en el momento del otorgamiento y en que no pactaron lo contrario en la escritura de compra con pacto de supervivencia. Por aplicación del art. 9 del Código civil español la ley aplicable es la ley francesa; a la misma solución debería llegarse actualmente tanto si aplicásemos el Reglamento (UE) 1103/2016, de 24 de junio, sobre los regímenes económicos matrimoniales o el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, sobre sucesiones. El hecho de que la ley catalana también permita el pacto de supervivencia no implica que, por el hecho de otorgarse la escritura en Cataluña, deba aplicarse aquélla, circunstancia que posiblemente fue advertida por el notario a los otorgantes y cuya constancia documental hubiera sido, en mi opinión, recomendable.

Con posterioridad al otorgamiento de dicho pacto, uno de los otorgantes pretende modificar unilateralmente el régimen legal aplicable al mismo, sobre la base de que ostentaba también la nacionalidad española y la vecindad civil catalana (se supone que por haber residido en Cataluña antes de residir en Francia). A mi juicio, como al de la DGDEJ, dicha manifestación no puede tener eficacia alguna, ya que la determinación de la ley aplicable no puede modificarse de forma unilateral. Debe prevalecer la manifestación conjunta sobre la individual, pues la voluntad de las partes pudo formarse en base al régimen legal que resultaría de sus manifestaciones sobre su nacionalidad francesa y su residencia en Francia. Por lo tanto, siendo aplicable la legislación francesa y no la catalana, deberá acreditarse que, al amparo de la primera, el pacto de supervivencia pueda cancelarse por la manifestación del cese de la convivencia, realizada de forma unilateral por cualquiera de los miembros de la pareja.

POTESTAD PARENTAL Y CONFLICTO DE INTERESES

Para apreciar la existencia de un conflicto de intereses en el ejercicio de la potestad parental se requiere que en el acto concreto que realicen los progenitores subordinen el interés del menor al suyo propio, en detrimento de aquél.

RESOLUCIÓN JUS/389/2018, de 1 de marzo (DOGC 12.03.2018)

RESUMEN.- Se plantea si hay conflicto de intereses entre una menor y su madre por la adjudicación de unos bienes (un inmueble y metálico) que realiza la segunda a favor de la primera en pago de un legado de parte alícuota; con la entrega de dichos bienes se salda, además, una deuda que la menor tenía con la causante. La entrega la realiza la madre en su condición de albacea universal de entrega del remanente, ya que no hay heredero designado, toda la herencia está distribuida en legados de parte alícuota. Se dan las circunstancias de que ambos progenitores, que representan a la menor en la aceptación de la adjudicación, son también legatarios de parte alícuota y de que la menor, que tiene más de 16 años, consiente la adjudicación y, con posterioridad a la nota de calificación y a la presentación del recurso, se supone que siendo ya mayor de edad, otorga escritura de ratificación de lo actuado por sus progenitores.

La registradora de la propiedad, invocando exclusivamente disposiciones del código civil español, exige la intervención de un defensor judicial por entender que hay conflicto de intereses en la aceptación del legado.

La DGDEJ revoca la nota de calificación. En primer lugar, resuelve a favor de su competencia para conocer el recurso, ya que la albacea recurrente, posiblemente a la vista de los preceptos invocados en la nota de calificación, después de interponer recurso ante la DGDEJ lo hace también ante la DGRN. La primera hace constar su sorpresa ante las normas citadas por la registradora y el hecho de que, habiendo notificado a la DGRN la presentación del recurso, ésta no haya respondido a dicha notificación. En todo caso, se declara competente en base a que el supuesto objeto de recurso se ha producido en Cataluña y entre personas de vecindad civil catalana.

En cuanto al fondo del asunto, la DG no considera que exista en el presente caso conflicto de intereses, «ya que la situación de conflicto no se plantea a partir de la simple concurrencia de intereses que se produce cuando diversas personas son llamadas en un mismo concepto a una misma sucesión, sino cuando, además y sobre todo, como consecuencia de ello, se suscita una contradicción entre los diferentes intereses concurrentes, de manera que unos prevalecen sobre otros, subordinando éstos a aquéllos» (FD 2.5). En cambio, en el presente caso no parece que los progenitores de la hija menor de edad, «al aceptar en su nombre el legado que, de acuerdo con las disposiciones testamentarias, se le adjudica por el valor que le corresponde, subordinen el interés de su hija a sus intereses propios, ni que se enriquezcan a su cargo atribuyéndose bienes que hubiera tenido que recibir ésta, razón por la cual entendemos que no puede apreciarse la existencia de una situación de conflicto» (FD 2.5, in fine). A tal fin distingue entre los conceptos de «concurrencia de intereses» (que se da en este caso en que los progenitores, representantes legales de su hija menor, son llamados a la misma sucesión a la que es llamada su hija) y de «contraposición de intereses» (que no se produce aquí, pues los de los progenitores no prevalecen sobre los de la hija menor de edad). Considera relevante para ello la apreciación

de que la propia testadora había designado a la madre de la menor como albacea, conociendo pues dicha concurrencia de intereses. Por todo ello entiende que la registradora debía haber especificado en su nota dónde estaba el conflicto en este supuesto concreto, esto es, en qué medida la actuación de los progenitores supone un perjuicio o una falta de ecuanimidad en relación con los intereses de la menor.

Finalmente, la DG examina la incidencia del consentimiento prestado por la menor en la escritura posterior a la nota de calificación. En este punto, estima que dicho consentimiento no enmienda el posible conflicto de intereses, ya que «el consentimiento que prevé el artículo 236-30.a del Código civil de Cataluña se orienta a sustituir la autorización judicial necesaria para la realización de determinados actos por parte de los progenitores del menor y completar su representación legal, presuponiendo, pues, la existencia de esta representación. Pero es que, si hubiera una situación de conflicto de intereses, ya no hay representación legal -artículo 236-18.2.c del Código civil de Cataluña- y, por lo tanto, los progenitores no pueden actuar en nombre de sus hijos menores, de manera que no es necesaria la complementación de una representación que no pueden ejercer» (FD. 3.2). En el presente caso, como a juicio de la DG no hay contraposición de intereses, sí que actúan como representantes legales, por lo que el consentimiento de la menor constituye un argumento más a favor de la estimación del recurso.

COMENTARIO.- En la cuestión competencial se produce en este recurso una situación curiosa. Pese a que el supuesto de hecho se rige claramente por el derecho catalán (los otorgantes son de vecindad civil catalana, viven en Cataluña, los bienes están situados en Cataluña, la escritura se otorga en Barcelona...), la registradora cita en su nota de calificación exclusivamente normas del Código civil español. Ello podría conllevar la atribución de la competencia para conocer del recurso a la DGRN, y posiblemente conduce a la recurrente a presentar el recurso ante dicho organismo, pese a haberlo presentado un mes antes ante la DGDEJ. Sin embargo, la competencia debe entenderse que corresponde a ésta ya que los arts. 1 y 2.1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de recursos gubernativos, se la atribuyen «cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción». Por lo tanto, el hecho de que la recurrente invoque normas del derecho catalán (arts. 236-18, 236-20 y 236-30 CCCat) ante la DGDEJ debería bastar para atribuir a ésta la competencia, sin perjuicio de que, si el recurso ante la DGRN lo fundamenta únicamente en normas del Código civil español, ésta pueda considerarse también competente.

En cuanto al fondo de la resolución, la DGDEJ utiliza un concepto restringido del conflicto de intereses, que no se conforma con la existencia de una concurrencia de intereses entre los progenitores y la menor, sino que exige que se ponga de manifiesto que los progenitores han subordinado el interés de la menor al suyo propio. El fundamento de esta interpretación se halla en que la situación de conflicto de intereses constituye una excepción a la regla general de representación legal y que, por ello, debe ser objeto de interpretación restrictiva, que aconseja otorgar una presunción de legalidad y de buena fe a las declaraciones efectuadas en la escritura pública. Sigue en este punto la doctrina ya sentada por la propia DGDEJ en las resoluciones de 28 de febrero de 2012 y de 9 de octubre de 2014, e incluso por la DGRN en resoluciones de 14 de mayo de 2010 y de 11 de octubre de 2017, entre otras, en las que señala que la existencia



del conflicto de intereses debe apreciarse en cada caso concreto, por lo que deben ser valoradas las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004). De ahí que la DGDEJ requiera que la registradora fundamente el conflicto de intereses en el supuesto concreto para considerar si existe o no. Sin embargo, en el estricto ámbito de la calificación registral, que debe limitarse a los datos que resultan del propio título y de los asientos registrales, puede resultar difícil apreciar si, en el caso concreto, existe realmente un menoscabo de los intereses del menor que pueda justificar la calificación de un conflicto de intereses. Para facilitar dicha función calificador, los notarios deberíamos en primer lugar apreciar si efectivamente hay indicios de un perjuicio para el menor en la actuación de sus progenitores (evidentemente sin entrar a juzgar si el perjuicio realmente existe, pues tal es la función del defensor judicial); y, en segundo lugar, recoger en el escritura los datos que permitan al registrador calificar debidamente tal actuación.

Esta concepción estricta del conflicto de intereses no es compartida por algunos autores, como FLORENSA I TOMÁS, que lo califica «desde el punto de vista objetivo, en el sentido de que responde a la situación previa de los intereses en juego, de la posición objetiva de cada parte y, por lo tanto, al margen del comportamiento o del eventual ánimo de perjudicar» (Com. Llibre segon CCCat, Atelier, 2014, pág. 889). Desde este punto de vista, que parece el seguido por la registradora en esta resolución, la existencia del conflicto sería independiente de la actuación de los representantes, siendo suficiente que los intereses de estos y los de la menor sean diferentes.

De menor peso me parece el argumento de que la testadora conociera la existencia del posible conflicto de intereses entre madre e hija y que pudiera soslayarlo nombrando a aquella como albacea universal. Está claro que el nombramiento de albacea se basa en la confianza depositada por la testadora en la persona a quien nombra como tal y que podría interpretarse que la habilita mediante dicho nombramiento para que entregue el remanente de la herencia pese a la existencia de la colisión de intereses. Pero no podemos olvidar que las normas de protección de intereses de los menores se establecen con carácter imperativo a favor de éstos y que no pueden ser dispensadas ni siquiera por quien ejercita su derecho a disponer libremente de sus bienes por causa de muerte.

Por último, puede sorprender que la DG no acepte que el consentimiento de la menor (mayor de 16 años) en la propia escritura de aceptación del legado, pueda convalidar la falta del defensor judicial (en caso de que fuera necesaria). Parece que si el menor que tiene los 16 años cumplidos puede consentir la renuncia a la herencia o al legado (art. 236-30 en relación con el art. 236-27.1), con mayor razón podría consentir la aceptación de un legado de eficacia obligacional pese a la existencia de un posible conflicto de intereses con quienes les representan. Pero, como bien señala la DG, cuando hay una situación de conflicto de intereses, ya no hay representación legal; conforme al art. 236-18.2 c) cuando en un acto hay conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo, la representación legal queda excluida, por lo que el hijo no puede complementar dicha representación mediante su consentimiento. Todo ello sin perjuicio de que, una vez alcanzada la mayoría de edad, pueda convalidar el acto realizado por sus progenitores, pero ello también excluiría la representación legal ejercitada por estos.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Inscrito tal derecho de uso a favor de los hijos, según lo pactado en el convenio regulador de una separación matrimonial, no puede extinguirse por pacto entre los cónyuges ni siquiera con el consentimiento de los parientes más próximos de los hijos.

RESOLUCIÓN JUS/600/2018, de 20 de marzo (DOGC 06.04.2018)

RESUMEN.- Se otorga una escritura de constitución de hipoteca sobre una vivienda en cuyo historial registral figura un derecho de uso y disfrute de la misma a favor de unos menores de edad, en virtud del convenio de separación judicial aprobado por sentencia de separación de sus progenitores. Comparecen dando su consentimiento al otorgamiento de la escritura ambos progenitores y dos personas que son los parientes más próximos y de mayor edad a los efectos de dar la autorización alternativa a la judicial en lo relativo a dicho derecho de uso. En cláusula seguida, los progenitores, cotitulares de la potestad parental, con el consentimiento de los dos parientes citados, pactan la extinción y cancelación del mencionado derecho de uso, de manera que el esposo, propietario único del inmueble, se convierte en pleno propietario del mismo. Se acompaña a la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad, el convenio de divorcio, aprobado judicialmente con anterioridad a la fecha de la escritura, que no fue inscrito en el Registro en su día, y en el que se disuelve la comunidad de bienes sobre la vivienda familiar adjudicándose la totalidad de la misma al esposo y atribuyendo a este su uso exclusivo. El registrador exige que sea el órgano judicial el que ordene la cancelación de los asientos registrales correspondientes, ya que la autoridad judicial debe preservar los intereses de los hijos.

La DGDEJ revoca la nota de calificación en base a que el derecho de uso atribuido a los menores en el convenio de separación queda extinguido por la sentencia de divorcio, en la que se atribuye al padre el uso exclusivo. El registrador debe proceder a inscribir dicha sentencia por su sola presentación en el Registro, puesto que, conforme al art. 425 RH, la presentación de un título comporta la solicitud de inscripción de todos los actos y contratos comprendidos en el mismo.

En relación con la titularidad del derecho de uso sobre la vivienda en los casos de crisis de pareja resalta que el art. 233-20 CCCat atribuye dicho derecho a uno de los cónyuges, con el fin de satisfacer, en la parte que sea necesaria, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso: «una cosa es el interés protegido por el derecho de uso, que es el interés familiar y el de facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge a favor del cual se atribuye el derecho, y el otro es el de la titularidad del derecho, que correspondería exclusivamente al cónyuge a cuyo favor se le atribuye explícitamente» (FD 1.1).

No obstante, en el presente supuesto el derecho de uso está inscrito a nombre de los menores (y el asiento registral que así lo publica está bajo la salvaguarda de los tribunales), por lo que la DG examina si es suficiente el régimen de protección de los menores defendido por el notario recurrente, esto es, el consentimiento de ambos progenitores y el de los dos parientes más próximos por aplicación de los arts. 236-27 y 236-30; resolviendo que no lo es, ya que el convenio de los padres fue ratificado por la autoridad judicial en razón del interés familiar perseguido con el derecho de uso. Ello conlleva a que tal derecho quede sustraído de la autonomía de la voluntad; así como la autoridad judicial fue la que valoró el interés de los menores cuando se consti-

tuyó el derecho de uso, ha de ser la propia autoridad judicial la que decreta su extinción, de conformidad con los arts. 233-20 y 233-21.

La DG hace referencia en este punto a su resolución de 16 de febrero de 2007, citada por el notario recurrente, en la que declaró la extinción del derecho de uso atribuido en la sentencia de divorcio a uno de los cónyuges por el hecho de adjudicarse a este posteriormente el pleno dominio de la totalidad del inmueble. La DG confirma la doctrina emanada de dicha resolución, en el sentido de que «el cónyuge titular del derecho de uso, también propietario del inmueble, tiene el poder de disposición sin necesidad de ningún otro consentimiento, como expone el notario en su recurso, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 233-25 del Código civil de Cataluña» (FD 1.4). Pero dicha doctrina no es aplicable al presente caso por el hecho de que el derecho de uso está inscrito a nombre de los hijos y no del cónyuge, como en el de la resolución citada.

COMENTARIO.- El hecho de que en el presente supuesto se haya presentado en el Registro la sentencia de divorcio en la que se atribuye el dominio y el uso exclusivo a favor del hipotecante, hace innecesaria, para su resolución, cualquier otra consideración al respecto.

Por otra parte, el hecho de que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuyera por el juez a los hijos y esté inscrito a nombre de estos, parece justificar que en este caso, mientras los hijos sean menores de edad, la extinción de tal derecho requiera la aprobación judicial. El art. 233-24.1, invocado por el notario recurrente, dispone que «el derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda». Parece que este precepto no exija más requisito que el consentimiento de los cónyuges, pero hay que tener en cuenta que la regulación de los arts. 233-20 y siguientes está pensando en el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges y no a los hijos, atribución esta última que, aunque no está regulada por el código, puede darse perfectamente, como ya aceptó la RDGDEJ de 16 de febrero de 2007.

Pese a ello, podría cuestionarse si el régimen de garantías articulado por el notario autorizante, esto es, el consentimiento no sólo de los dos progenitores sino también el de los parientes más próximos de cada línea, debería ser suficiente, por analogía con los arts. 236-27 y 236-30, ya que dicho sistema, que faculta para disponer de bienes y derechos de los hijos, podría utilizarse para disponer de este derecho de uso. La DG rechaza dicho argumento en base a que tal derecho ha sido ratificado por la autoridad judicial. A mi juicio, sin embargo, es la naturaleza familiar del derecho de uso de la vivienda en la que viven los hijos lo que diferencia este supuesto de los que regula el art. 236-27; el interés de los menores en vivir en la vivienda familiar merece una protección especial.

De ahí que sí pueda apreciarse, como señala el notario, una disparidad de criterios entre esta resolución y la de 16 de febrero de 2007, en la que se declaraba la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, atribuido a uno de los cónyuges y a los hijos comunes, por el hecho de adquirir el cónyuge beneficiario la propiedad de la totalidad de la vivienda familiar. Parece evidente que el interés de los hijos menores es el mismo en uno y otro caso y merece la misma protección, siempre que dicho interés haya sido el fundamento de este pacto del convenio regulador, con independencia de si el derecho está inscrito a su favor o no. Tampoco puede alegarse en mi opinión, el art. 233-25, para argumentar, como hace la DG, que el cónyuge titular del derecho de uso, también propietario del inmueble, tiene el poder de disposición sin necesidad de ningún otro consentimiento, puesto

que dicho poder de disposición no puede afectar al derecho de uso, como establece el art. 233-25 en su último inciso.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La sentencia que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad debe fijar expresamente la duración de tal derecho.

RESOLUCIÓN JUS/1165/2018, de 6 de junio (DOGC 14.06.2018)

RESUMEN.- En un procedimiento judicial de separación matrimonial se pretende la inscripción del derecho de uso de la vivienda conyugal atribuido a la esposa e hijos del titular registral; en la sentencia, que data de 1989 y es presentada ahora, se confía a la madre la guarda y cuidado de los hijos menores comunes, con la potestad parental compartida con el padre. La registradora de la propiedad suspende la inscripción por no fijarse el plazo de duración del derecho de uso.

La DGDEJ confirma la nota de la registradora. Pese a la antigüedad de la sentencia, considera aplicable el libro segundo del CCCat a las cuestiones relacionadas con su inscripción, en base a la DT 3ª de la Ley 25/2010, conforme a la cual los efectos de la separación judicial decretada al amparo de la legislador anterior se mantienen «sin perjuicio de la aplicación del Código civil en los procedimientos matrimoniales que se puedan entablar entre los mismos cónyuges después de la entrada en vigor de esta ley». Y entiende la DG que la palabra procedimiento debe interpretarse de forma extensa, con inclusión del procedimiento registral.

Por otra parte, de las disposiciones civiles, tanto del CC español como del CCCat, resulta claramente el carácter temporal del derecho de uso de la vivienda conyugal en los supuestos de ruptura matrimonial. El CC no lo establece de forma expresa, pero la temporalidad se deduce del hecho que se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En el CCCat resulta de los arts. 233-24.1 y 233-20.2, que indican que si el derecho se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, se extingue al acabar la guarda; y que se atribuye preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta. No obstante, «es a la autoridad judicial a quien corresponde, en cada caso concreto y atendidas las circunstancias, fijar la duración de la atribución, que no podrá ser inferior a la necesaria para que los hijos lleguen a la mayoría de edad por imperativo del principio del interés del menor» (FD 1.7). Aunque «desde un punto de vista civil podríamos entender que la atribución se extinguirá al extinguirse la custodia de los hijos y que, por lo tanto, no es necesaria ninguna atribución expresa de la duración, la correcta delimitación de los derechos temporales exige siempre que se determine la persona titular, el objeto sobre el que recae y el plazo de duración» (FD 1.8), citando en apoyo de dicho argumento la STSJ 11/2014 de 24 de febrero. También alega que la determinación del plazo de duración resulta del principio hipotecario de especialidad, que comporta que los derechos que se inscriben en el Registro de la Propiedad tienen que estar perfectamente determinados para que todos conozcan el alcance y pueda tener eficacia real ante terceras personas.

COMENTARIO.- El principio registral de especialidad exige efectivamente que los derechos que se inscriben estén perfectamente determinados. Ahora bien, reconocido el carácter temporal del derecho de uso que se trata de inscribir en este supuesto, la determinación de su duración no tiene que hacerse necesariamente mediante la fijación de la fecha en



que se extinguirá tal derecho, sino que dicha determinación puede entenderse hecha por otras circunstancias. Así lo ha establecido recientemente la RDGRN de 30 de mayo de 2018 para un supuesto idéntico al que nos ocupa y que resuelve de forma contraria: «cuando concurren hijos menores, el plazo de vigencia del derecho de uso está ya fijado en el límite de la mayoría de edad». Así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018: «La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad». Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.» (FD 4º in fine). Entiendo plenamente aplicable esta doctrina al supuesto que comentamos, no sólo porque la fecha de la sentencia determina la aplicación del CC a los efectos civiles de la separación matrimonial, sino también por quedar cumplida la exigencia procedimental registral derivada del principio de especialidad. No obstante, dado que se liga la duración del derecho a la minoría de edad de los hijos comunes y que han transcurrido casi 30 años desde que se dictó la sentencia, es evidente que los hijos en cuyo interés de constituyó tal derecho han alcanzado sobradamente la mayoría de edad, por lo que debería negarse la inscripción al haberse extinguido el derecho de uso.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

En el caso examinado, sentencia declarativa de usucapión frente a los desconocidos herederos del titular registral, hay extralimitación en la calificación registral.

RESOLUCIÓN JUS/1527/2018, de 28 de junio (DOGC 10.07.2018)

RESUMEN.- Se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio de una sentencia declarativa del dominio por prescripción adquisitiva respecto de una vivienda, que estima íntegramente la demanda presentada contra «los legítimos e ignorados herederos» de los titulares registrales, declarados unos en situación procesal de rebeldía y habiéndose allanado los otros a la demanda. La registradora de la propiedad considera que era necesario nombrar un defensor judicial para los ignorados herederos declarados en rebeldía.

La DGDEJ revoca la nota de calificación de la registradora y estima que ha habido extralimitación en su función calificadora, pues compete a la autoridad judicial examinar si se cumplen los requisitos legalmente exigidos para la validez del título constitutivo del derecho real, así como «los exigidos por la Ley de enjuiciamiento civil para la válida constitución de la relación jurídica procesal, y también valorar la legitimación y el correcto emplazamiento de los que intervienen como demandante y como demandado» (FD 2.1). Así resulta del art. 100 RH, que limita la extensión de la calificación registral de los documentos judiciales. A juicio de la DG corresponde a la legislación procesal arbitrar las garantías que salvaguarden los intereses de los demandados, entre las que se halla la facultad de rescisión de las sentencias firmes; por el contrario, «en estas garantías no se encuentra el nombramiento de un defensor judicial, que, si fuera necesario, el artículo 795 de la misma Ley de enjuiciamiento civil requiere para la división de un patrimonio hereditario, pero no para las demandas declarativas de derechos dirigidas contra una herencia yacente» (FD 2.4). Por otra parte, cita la RDGDEJ de 12 de junio de 2014 conforme al criterio de la cual, apreciada por el juez la correcta legiti-

ción pasiva, podría ser desproporcionado exigir el nombramiento de un defensor judicial «a unos causahabientes que no han inscrito su derecho en el registro de la propiedad, ya que no puede pretender la protección registral quien no ha inscrito su adquisición» (FD 2.5).

COMENTARIO.- Dos cuestiones independientes se plantean en esta resolución: la primera, si es necesario el nombramiento de un defensor o un administrador judicial que intervenga en el proceso para defender los intereses de los ignorados herederos del último propietario conocido; la segunda, si el registrador puede entrar a calificar el cumplimiento o no de dicho requisito en el proceso judicial.

En defensa de la necesidad del nombramiento de un administrador judicial cita la registradora la doctrina de la DGRN, que se basa en los arts. 790 y ss. LEC. Recientemente, la RDGRN de 10 de julio de 2018 ha tenido la ocasión de resolver un supuesto de hecho idéntico al que nos ocupa y ha declarado: «En los casos en que esté interesada una herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse, bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los arts. 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados (...). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento» (FD 3). Sin embargo, los preceptos citados contemplan un supuesto distinto al presente: se exige el nombramiento de un defensor judicial en los procedimientos judiciales de división de herencia cuando fallecido el causante no consta la existencia de testamento ni de parientes de aquél. Esta disparidad es alegada por el tribunal en el traslado del recurso, como lo fue también por el juez que dictó el mandamiento objeto de la RDGRN citada y que llevó a esta DG a concluir que el registrador no podía revisar el fondo de las resoluciones judiciales, lo que nos lleva a la segunda cuestión indicada, esto es, la extensión de la calificación registral.

El art. 100 RH, como es sabido, dispone que la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial «se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». La DGRN ha venido interpretando, como hace la resolución citada de 10 de julio de 2018, que entre «los obstáculos que surjan del Registro» se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o no ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial. También el TS ha señalado recientemente (STS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2017) que la limitación de la función calificadora registral no le impide «comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro». Quizás en esta matización se encuentre la clave para resolver la cuestión de si la calificación registral entra o no en el fondo de la resolución judicial: si el mandamiento judicial afirma que se han cumplido los requisitos legales para evitar la indefensión del titular registral, el registrador deberá abstenerse de calificar si dicho cumplimiento ha sido o no efectivo, pues cualquier cuestionamiento de dicha manifestación podría considerarse como una extralimitación de sus funciones por invadir la esfera judicial.

Aspectos prácticos del Libro VI del Código Civil de Cataluña

El pasado 10 de enero tuvo lugar en el Colegio la sesión “Aspectos prácticos notariales del nuevo Libro VI del Código Civil de Cataluña”, que entró en vigor en fecha 1 de enero de 2018. La sesión fue moderada por José Alberto Marín, vicedecano del Colegio, y tomaron parte Josep Ma Valls Xufré y Antonio Longo, ambos notarios de Barcelona, quienes junto al vicedecano han sido miembros de la Sección de la Comisión de Codificación redactora del proyecto. Eminentemente práctica, la sesión repasó cuestiones de fondo y de forma de las escrituras centrándose en las principales novedades, entre ellas, según expuso el vicedecano del Colegio, “la terminología, que por primera vez ha seguido criterios de internacionalización del Derecho civil, es decir, estándares europeos”, tratándose de una regulación bastante abierta.

Valls expuso las principales novedades en materia de mandato, ahondando especialmente en las diferencias entre el Código Civil español y el catalán. Así, habló del mandato representativo – no contemplado en el Código Civil español –, su ámbito y extensión; del mandato tácito, donde se da preferencia a la gestión de asuntos ajenos sin mandato; o del poder general ampliado y el poder



José Alberto Marín, vicedecano del Colegio (centro), Josep Ma Valls Xufré y Antonio Longo presentaron las principales novedades del Libro VI del Código Civil de Cataluña.



Antonio Longo se centró en la compraventa, repasando algunos puntos del artículo 621, entre ellos las obligaciones del vendedor; los derechos o pretensiones de terceros; la falta de conformidad y los criterios para determinar la conformidad; o las manifestaciones previas a la conclusión del contrato.

general preventivo asimilado a la tutela. También repasó la actuación extralimitada; la actuación personal del mandatario y las obligaciones de las partes; la pluralidad de mandantes o mandatarios; la rendición de cuentas; la extinción e irrevocabilidad del mandato; y la gestión de negocios ajenos, entre ellos los deberes del gestor - el recabamiento e indemnización por la gestión.

Por su parte, Antonio Longo se centró en la compraventa, repasando algunos puntos del artículo 621, entre ellos las obligaciones del vendedor; los derechos o pretensiones de terceros; la falta de conformidad y los criterios para determinar la conformidad; o las manifestaciones previas a la conclusión del contrato. También repasó aspectos como las obligaciones del vendedor; la obligación de entrega; la rescisión por lesión y ventaja injusta; y las arras. Incidió en el pacto y la previsión de financiación por tercero; y finalizó su intervención exponiendo aspectos como la superficie del inmueble; los inmuebles en construcción o rehabilitación en situación de comunidad; y el pacto de condición resolutoria.

Reflexiones acerca de la aplicación práctica del ITP y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados

El pasado 7 de marzo tuvo lugar en el Colegio una jornada dedicada a la aplicación práctica del ITP y del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, que contó con la participación de diversos especialistas en la materia.

Vicente Fenellós Puigcerver, abogado del Estado en la Sala de lo contencioso del TSJC, expuso una "Visión general actual de la conflictividad CCAA-TEAR-TEAC en relación con el ITP y AJD", en la que explicó que en los últimos dos años ha aumentado la litigiosidad en esta materia en el TSJC, hecho que atribuyó a la crisis, el afán recaudatorio -con hechos imponderables controvertidos, como el cambio de uso de locales a viviendas- o el que se da en el ámbito del mercado hipotecario. En cambio, afirmó que desde 2011 la litigiosidad ha disminuido en el TEAR. En 2017, en la sección 2ª, se dictaron 120 resoluciones estimatorias de recursos de contribuyentes en el TEAR en referencia a liquidaciones tributarias emitidas por la Generalitat. El ponente también incidió en el controvertido asunto de quién es sujeto pasivo en AJD en operaciones de préstamo/ crédito hipotecario, analizando reciente jurisprudencia contradictoria de dos salas del Tribunal Supremo, primera y tercera, afirmando que el sujeto pasivo en el crédito hipotecario es el banco, y aseguró que es probable que la sala 3ª del alto tribunal consolide doctrina en este punto en el sentido indicado por el ponente. Expuso también el caso de las casas de compra de oro, en que se ha vivido una avalancha de reclamaciones económico-administrativas en Cataluña, así como los problemas que está ocasionando la liquidación del ITP y AJD en aspectos procedimentales, dados los errores en la comprobación de valores. Clasificó estos errores en tres tipos: los de procedimientos de la Generalitat u oficinas liquidadoras que tardan más de 6 meses en concluirse; aquellos en que el perito de la Administración no ha peritado individualmente el bien objeto de la liquidación recurrida o ha valorado otro inmueble; y cuando la Administración autonómica, para hacer comprobaciones, acude al procedimiento de verificación de datos indiciario, por tablas, que no se considera ajustado a derecho. También afirmó que el TEAR ha vedado que la Administración pueda volver a liquidar, y que las liquidaciones deben hacerse en un plazo máximo de 6 meses. Finalmente, repasó algunos de los hechos imponderables y la jurisprudencia, muy restrictiva, en el ámbito de la devolución de ingresos indebidos.

Josep Ma Vázquez Moreno, graduado en Derecho y coadministrador de la página web "Tottributs.com", expuso la "Valuabilidad en AJD: supuestos dudosos", en que explicó que la aplicación práctica del gravamen de AJD que está llevando a cabo la Administración en fechas recientes, genera una gran conflictividad entre esta y el contribuyente. Afirmó que la interpretación que hace la Administración de los requisitos que ha de reunir un acto para quedar sujeto a AJD, parece contradecir el criterio establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, apuntando que la problemática que plantea el gravamen de AJD tiene su



Vida corporativa

origen en la redacción confusa e imprecisa del hecho imponible realizada por el legislador. Hizo un repaso a los requisitos recogidos en el art. 31.2 de la ley y expuso que lo evaluable es el valor del acto en sí mismo, el efecto jurídico creado por el acto, y no el del objeto sobre el que recae el acto, como sostiene la Administración. En su intervención, expuso supuestos concretos como el cambio de uso de inmuebles, la vinculación *ob rem* entre fincas, la modificación del plazo de una condición resolutoria en garantía de precio aplazado, o la novación de préstamos y créditos hipotecarios.

Rafael Rivas Andrés, notario de Alcalá de Xivert (Castellón), expuso "Novaciones hipotecarias. Caducidad y AJD: comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2017". En su intervención aseguró que el núcleo de la tributación es la constitución y la ampliación posterior, y que la ley dice que cualquier escritura que modifica el plazo o el interés, queda exenta – lo que consideró un error, ya que según su opinión, serían casos más bien de no sujeción. Habló de las tasaciones hipotecarias y de que el objeto directo del acto jurídico tiene que ser una cosa evaluable – considerando que a las tasaciones hipotecarias les falta evaluabilidad. También aseguró que la caducidad es importante en este impuesto y es un tema resbaladizo. Así, para cancelar una inscripción afirmó que el titular debe consentirlo, y hacerlo en escritura pública. La excepción es la caducidad jurídica: del derecho en sí, y de las inscripciones, del asiento registral. Expuso casuística, como el usufructo vitalicio y habló de la caducidad de la inscripción según los plazos establecidos en la ley hipotecaria, preguntándose si en la caducidad hay, o no, acto jurídico. Opinó que lo hay, es el acto del registrador, pero en todo caso consideró que lo que graba son los actos contenidos en la escritura y el sujeto no queda sujeto a AJD. Por ello propuso pactar la caducidad voluntaria, que civilmente tendría unos efectos, reduciendo los plazos legales de caducidad, y físicamente, si la cancelación que se obtiene del Registro no es a través de un consentimiento, no habría acto o contrato y, por lo tanto, el supuesto quedaría no sujeto.

Finalmente, Javier Satué de Velasco, notario de L'Escala (Girona), se centró en "Inscribibilidad y AJD", en que aseguró que existe un alto grado de inseguridad jurídica en la aplicación del impuesto AJD. Expuso que es un impuesto de una alta configuración técnica, que no tiene problemas de prueba, y en el que todos sus supuestos tienen como característica común un alto componente finalista, hecho que lo acerca a las características de una tasa, siendo el fundamento del impuesto el retorno que obtiene el Estado por un servicio que presta a los interesados en el ejercicio de su autoridad, por cuanto concede, al menos potencialmente, un plus de protección. Por lo tanto, consideró como regla general que se aplica a todo acto o contrato documentado notarialmente, evaluable directamente y que pueda acceder al registro, y que se traduzca efectivamente en un potencial plus de protección; en otro caso, consideró que no debería existir una presunción de sujeción. Posteriormente repasó las características básicas del impuesto, como la complementariedad –fundamentalmente en operaciones inmobiliarias sometidas a IVA-, la residualidad –gravar actos o contratos no sometidos a ITP u otros-, el principio de conservación de energía respecto a lo ya tributado, el principio de especialidad –gravando exclusivamente aquello que es objeto directo del documento-; la inmanencia –atiende el documento a sus potenciales efectos y se desliga de sus vicisitudes concretas-, su autonomía en relación a un negocio principal y en relación al sujeto gravado –por ejemplo, la hipoteca respecto del crédito-, y cierta autonomía normativa con relación a las demás modalidades del impuesto, como ha reconocido en ocasiones la jurisprudencia. Todo ello relacionado con los principios generales tributarios constitucionales de reserva de ley, capacidad económica, progresividad y no confiscación a los que este impuesto, como cualquier otro, se debe. Centrándose en los documentos notariales accesibles a Registro de la Propiedad, el más trascendente en la práctica diaria, abogó por la sujeción del IAJD sólo en el ámbito específico de las mutaciones jurídico-reales accesibles al Registro, descartando la mera transcripción de cláusulas financieras (obligacionales).

Repasó la situación actual respecto de los criterios de la Administración en la liquidación de IAJD en préstamos hipotecarios y novaciones. Expuso que la ley 41/2007 redactó de nuevo el artículo 12



Diversos expertos aportaron su visión acerca de la aplicación del ITP y del AJD.

El pasado 7 de marzo tuvo lugar en el Colegio una jornada dedicada a la aplicación práctica del ITP y del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, que contó con la participación de diversos especialistas en la materia.



de la ley hipotecaria, que viene a distinguir sincréticamente entre hipoteca ordinaria de tráfico e hipoteca de seguridad -que tiene un máximo de responsabilidad hipotecaria-, distinción importante dado que, afirmó, la mayor parte de las novaciones hipotecarias han confluído sobre hipotecas de seguridad, sometidas a intereses variables, en cuyo caso consideró que, de no alterarse los máximos garantizados inicialmente, no debería haber sujeción, porque no hay beneficio o plus de protección. Sí consideró sujeto el controvertido caso de recarga de hipoteca, por conllevar una potencial alteración de rango, lo que implica mutación jurídico real.

Finalmente, repasó la situación actual interpretativa del impuesto en relación novaciones hipotecarias que suponen la transcripción al registro de cláusulas de vencimiento anticipado y condiciones financieras, contempladas en el artículo 2 de la ley hipotecaria, que podría verse modificada, ampliando el contenido del registro, en la prevista nueva ley de contratos de crédito inmobiliario.

Para terminar, advirtió de que la deriva de la Administración en una interpretación maximalista del IAJD podría generar un alud de recursos, y eventual devolución de ingresos indebidos, de lo que ya hay experiencia reciente en relación con la llamada plusvalía municipal y herencias de no residentes.

Jornadas Derecho, Inmigración y Empresa

El Colegio y la Fundación de los Notarios de Cataluña organizaron los pasados 13, 14, 20 y 21 de marzo unas Jornadas dedicadas a hacer un amplio repaso a las distintas vertientes de la inmigración, tanto desde el punto de vista jurídico como social. Las Jornadas contaron con la participación de las administraciones, la judicatura, catedráticos, notarios, empresas y agentes sociales quienes reflexionaron sobre esta cuestión, aportando distintas visiones y reflexiones personales y colectivas acerca de temas como la crisis migratoria en Europa, la libre circulación de personas, el derecho internacional privado en materia de derecho de familia y de sucesiones, la visión de las instituciones ante el reto de la inmigración y experiencias de gestión de la diversidad.

La inauguración corrió a cargo de Jesús Ma. Barrientos, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; Joan Carles Ollé, decano del Colegio, y Marina del Corral, entonces secretaria general de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La bienvenida y presentación corrió a cargo de Joan Carles Ollé, quien recordó que diez años atrás el Colegio organizó una Jornada similar, "y ahora es un buen momento para actualizar las visiones de dónde estábamos y dónde estamos actualmente, poniendo el foco en las cuestiones de máxima actualidad". Destacó "su reconocimiento a todos aquellos que desde la esfera privada, pública o desde la empresa trabajan día a día para que el reto de la inmigración se convierta en oportunidades reales de crecimiento personal y económico para quienes llegan a nuestro país ansiando un futuro mejor, trabajando, sobretodo, desde nuestro ámbito más propio de responsabilidad, para que desde el mundo del Derecho, la Universidad, la judicatura, y la propia Administración seamos capaces de dar respuestas jurídicas que nos plantea un mundo cada vez más profundamente globalizado".

Barrientos puso de manifiesto que la Unión Europea no está dando una buena respuesta al fenómeno migratorio, cuyas "previsiones están desbordadas". Y destacó tres aspectos que invitan a reflexionar: la existencia de redes y organizaciones criminales que se aprovechan de la situación y se lucran económicamente de quienes persiguen una vida mejor; el funcionamiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE); y el notable aumento desde verano de 2017, especialmente en Cataluña, de la llegada de menores no acompañados. Así, aseguró que "se debe facilitar que los Estados articulen soluciones respetuosas con los derechos de todos, renunciando a determinadas cuotas de comodidad".

Por su parte, Marina del Corral expuso los datos de la inmigración según Naciones Unidas - 244 millones de personas en el mundo viven fuera de su lugar de nacimiento y hay 750 millones de personas desplazadas dentro de su propio país - y expuso conceptos como el de "refugiado",

La inauguración corrió a cargo de Jesús Ma. Barrientos, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; Joan Carles Ollé, decano del Colegio, y Marina del Corral, entonces secretaria general de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



Vida corporativa

“asilo” o “desplazado forzoso”, entre otros. Del Corral también quiso destacar los incentivos a la libre circulación de personas en la Unión Europea, y la lectura positiva de la emigración, que “genera para todos una oportunidad, siempre y cuando sea regida por una buena gobernanza, ya que de no ser así, se cae en la indefensión del migrante”. Aseguró que “la globalización es un hecho, el mundo y el capital humano se mueven” y expuso brevemente el Pacto Global para Migraciones, con el objetivo de que “las migraciones se hagan de forma regular, segura y ordenada” y el Pacto Global para los Refugiados, ámbito en el que expuso el compromiso de España en la acogida de refugiados procedentes de Grecia e Italia.



La inauguración de las Jornadas contó con la presencia de Jesús Ma Barrientos, presidente del TSJC; Joan Carles Ollé, decano del Colegio; Mari-na del Corral, secretaria de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; y Santiago Ripol, coordinador de las Jornadas.

En el transcurso de las cuatro jornadas, la primera sesión se dedicó a la crisis migratoria en Europa, sesión moderada por Javier Martínez Lehmann, notario de Barcelona. En esta participaron Carlos Jiménez Pier-nas, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Alcalá, quien expuso “El derecho de asilo en el Derecho internacional”, y centró su exposición en diferenciar los conceptos de “asilo” y “re-fugio”, concluyendo que “se deben recons-truir estos conceptos a partir de las nuevas realidades, para las que la Unión Europea no estaba preparada”; Carlos Fernández de Casadevante Romaní, catedrático de Dere-cho internacional público de la Universidad Rey Juan Carlos, con la ponencia “Derecho europeo sobre asilo, fronteras y migración en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, basada en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y revisada en 2007; Gil Arias Fernández, asesor del Comisario General de Extranjería y Fronteras de la Dirección General de la Policía y antiguo director general de FRONTEX, quien expuso “La respuesta de las institu-ciones de la UE a la crisis migratoria. El papel de la Agencia Frontex”, hablando tanto de dicha organización como de la evolución de los flujos migratorios, la crisis de 2015 y la respuestas de la UE, y la situación de los dos últimos años; Alejandro del Valle Gálvez, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Cádiz, quien habló de “La respuesta de los Estados miembros a la crisis migratoria. Fronteras y extraterritorialidad en las puertas de Europa”; y finalmente Silvia Morgades Gil, profesora lectora de Derecho internacional público de la Universidad Pompeu Fabra, para exponer “La respuesta de la Unión Europea a la crisis migratoria y su impacto en el SECA: de Dublín III a Dublín IV”, en la que ofreció datos sobre la evolución de los flujos migratorios irregulares y/o forzados y de la evolución del número de demandantes de protección internacional en la UE y aludió a la respuesta de la UE a la crisis migratoria, haciendo un repaso tanto a lo que denominó la “solidaridad en especie” – reu-nificaciones y reasentamientos-, la “solidaridad financiera”, y la acción exterior.

La segunda sesión, moderada por Santiago Ripol, catedrático de Derecho Internacional público de la Universidad Pompeu Fabra y coordinador de las Jornadas, se centró en la libre circulación de personas y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en la que participa-ron Javier González Vega, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Oviedo, para exponer “La regulación del acceso al territorio de la Unión Europea”, quien presentó una recopilación de la Jurisprudencia, el control de la inmigración irregular en Espa-ña, los reglamentos y directivas de la UE; Manuel Cienfuegos Mateo, catedrático Acreditado de Derecho internacional público de la Universidad Pompeu Fabra, para hablar de “La libre circulación de personas de los nacionales de terceros países”, definiendo el concepto de “li-bre circulación de personas” en el Derecho de la UE, así como el reconocimiento condicional del derecho a la libre circulación a los nacionales de terceros Estados en la UE. Por su parte, Pablo González Saquero, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, expuso “Libre circulación y matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho de la Unión Europea”; Ana Fernández Tresguerres, notaria de Madrid y letrada Ads-



La segunda sesión se dedicó a la libre circulación de personas y el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia .

crita a la DGRN, habló de “¿Cooperación en materia civil en la UE? La seguridad jurídica como piedra angular de la libre circulación de documentos. Derecho Privado comunitario: nuevas perspectivas”; y, finalmente Gema Díez-Picazo, profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y Letrada del Tribunal Constitucional, expuso la ponencia “¿Un concepto europeo de familia?”, exponiendo la tutela multinivel de la familia europea, las estructuras familiares en la actualidad y el concepto europeo de vida familiar y los derechos reconocidos en el ámbito familiar.

La tercera sesión se dedicó al Derecho internacional privado en materia de derecho de la familia y de sucesiones, moderada por Rocío Maestre, directora de la Fundación de los Notarios de Cataluña. En ella tomaron la palabra Ana Quiñones Escámez, catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra, para exponer “Los nuevos reglamentos comunitarios en materia de régimen matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, quien repasó sus objetivos, ventajas y ámbitos de aplicación, además de repasar las nuevas disposiciones y las relaciones entre los reglamentos y otros convenios; Cristina González Beilfuss, catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, quien habló de “Divorcio y responsabilidad parental: especial referencia a la sustracción internacional de menores”; Sixto Sánchez Lorenzo, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, quien presentó “La obligación de alimentos: El Reglamento 4/2009 y el Protocolo de La Haya en materia de obligación de alimentos”, sobre el reconocimiento de decisiones y la cooperación internacional; y Ángel Serrano de Nicolás, notario de Barcelona, quien habló de “El derecho

de sucesiones: El reglamento 650/2012 en materia de sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo”. Tras la sesión tuvo lugar una mesa redonda, dedicada a cuestiones de derecho interregional en la aplicación de los nuevos reglamentos comunitarios, en la que intervinieron Juan José Álvarez Rubio, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad del País Vasco; Santiago González Álvarez, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela; y Albert Font Segura, profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra.

La última Jornada, titulada “Migraciones, integración y empresa”, se inició con la intervención de Ricard Zapata, catedrático de Ciencia Política de la Universidad Pompeu Fabra, para exponer “La Europa de los valores y la gestión de la diversidad” - quien ahondó en el concepto de “intermulticulturalidad” como

motor y de “diversidad” como algo de lo que todos formamos parte -, a la que siguieron dos mesas redondas, moderadas por la periodista de La Vanguardia, redactora jefe de la Sección Tendencias y Vivir, Susana Quadrado. La primera de ellas se centró en “Las instituciones ante el reto de la inmigración”, y participaron Núria Gispert, expresidenta de Caritas, quien expuso la importancia de facilitar espacios de relación para conseguir la cohesión social; Marc Simón, subdirector general de Fundación Bancaria “la Caixa”, quien habló del plan estratégico de la entidad; y Victoria Camps, presidenta de ACNUR-Comité catalán, quien ofreció datos sobre refugiados y reflexionó acerca de los motivos del fracaso de Europa y de los Estados europeos en la reciente crisis. La se-



La tercera sesión, moderada por Rocío Maestre, directora de la Fundación de los Notarios de Cataluña, se dedicó a Derecho internacional privado en materia de derecho de la familia y sucesiones.



Vida corporativa



De izquierda a derecha: Núria Gispert, exdirectora de Caritas Barcelona; Marc Simón, subdirector general de Obra Social "laCaixa"; Joan Carles Ollé; Susana Quadrado, redactora jefe de La Vanguardia; y Victoria Camps, presidenta de ACNUR-comité catalán.

gunda mesa, dedicada a experiencias de gestión de la diversidad, contó con la participación de Jaume Alsina, presidente del Grupo Alimentario Guissona, quien expuso la experiencia de la empresa que fundó, ubicada en una población que ya supera el 50% de ciudadanos extranjeros; Francesc Ventura, director del Departamento de Interculturalidad y Cohesión Social del Área Social de la Fundación Bancaria "laCaixa", para hablar del programa de intervención comunitaria e intercultural de la entidad; Imma Mata, coordinadora del Departamento de Migración de Caritas Diocesana de Barcelona, quien destacó que en sus programas no se hace distinción según la procedencia de las personas; y Josep Masabeu, presidente de Braval, entidad que celebra 20 años trabajando para la integración de jóvenes inmigrantes en riesgo de exclusión social.

Finalmente la clausura contó también con la presencia de Xavier Bernadí, director general de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña.

Próximamente el Colegio editará un libro que recogerá todas las ponencias de las Jornadas.

Nuevo Seminario Jurídico

El pasado 18 de abril se puso en marcha una nueva iniciativa colegial, el Seminario jurídico, un encuentro mensual, coordinado por Tomás Giménez Duart, notario de Barcelona recientemente jubilado, con la colaboración de diversos notarios. Su objetivo es contribuir a seguir avanzando y mejorando en la exigencia y la cualificación científica en el ámbito de la formación continuada y repasar los temas de máxima actualidad notarial.

De este modo, algunos de los temas tratados en los primeros seminarios celebrados han sido la Orden Ministerial 318/2018, de 21 de marzo de 2018; *ius transmissionis* y legítima, la resolución 12/03/2018 de la DGRN; la retribución del administrador y la STS 26/02/2018; la herencia de un ciudadano británico y el poder otorgado en el extranjero, a la luz de las resoluciones de la DGRN de 2 de marzo de 2018 y 6 de noviembre de 2017; la tributación de las arras penitenciales, la constitución de una sociedad con entrega o aportación de criptomonedas (bitcoin), o comentarios acerca de recientes resoluciones de la DGRN sobre divorcio, liquidación de gananciales y Registro Civil, reducciones de capital social, inscripción del arrendamiento con duración al arbitrio del arrendatario o poder y muerte previa del poderdante, entre otros.



El Seminario Jurídico, dirigido por Tomás Giménez Duart, repasará mensualmente temas de máxima actualidad notarial.

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

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



Toda la actualidad del Colegio en un solo click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**