

LaNotaria

Número 3 | 2014

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Barcelona acoge la reunión internacional del Notariado y a la Academia Notarial Europea

Jornada de Sant Benet: reflexión y debate sobre la profesión

«Hay que evitar un Notario que dependa exclusivamente del mercado»

Entrevista a Pierre Becqué
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS EUROPEOS
DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

«Es muy importante que notarios y abogados entiendan que la mediación es una oportunidad para ellos»

Entrevista a James South
DIRECTOR DEL CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION

TRIBUNA

Tomás Sobrino González
Myriam Sambola Cabrer
Eduard Sagarra Trias
Ernesto Tarragón Albella
Javier Micó Giner
Joan Carles Ollé Favaró

PRÁCTICA

Arrendamiento y Registro
de la Propiedad: ¿seguridad del tráfico
jurídico o disminución de los derechos
del arrendatario?

Sevenden@sociedades.com

DOCTRINA

Reformando la Ley de Sociedades
de Capital al amparo del gobierno
corporativo

El desahucio, un procedimiento
lento, caro y traumático

La fidelidad del inventario en la
aceptación beneficiaria de la herencia



NOVEDAD

ADIÓS AL LABERINTO QUE PLANTEA EL DERECHO SUCESORIO



VERSIÓN PAPEL
con 5% de dto.
PVP: ~~157,69 €~~ (+IVA)
AHORA:
149,81 € (+IVA)



VERSIÓN
DIGITAL
(smarteca)
135,54 €
(+IVA)

Estudios de Derecho de sucesiones *Liber Amicorum T. F. Torres García*

- El referente para la doctrina española en materia sucesoria.
- Más de sesenta trabajos de otros tantos autores componen este libro. Todos giran en torno a problemas relativos del Derecho de Sucesiones, precisamente el objeto de estudio y dedicación más reiterado en la labor docente e investigadora de la homenajead.
- La oportunidad de esta temática se evidencia por su innegable actualidad, manifestada en normas autonómicas, estatales y europeas de reciente factura, en una rica producción jurisprudencial y en numerosas publicaciones científicas.

Directores: Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio.

Páginas: 1.452 / **Tapa dura** / **ISBN:** 978-84-9020-362-0. **SELLO:** LA LEY


smarteca
biblioteca inteligente profesional

Con las mejores publicaciones profesionales del mercado

ENCUENTRA



TRABAJA



SUBE TU CONTENIDO



Siempre accesible
Siempre al día

Regístrate ya y accede a los contenidos gratuitos en www.smarteca.es

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:


Wolters Kluwer
LA LEY

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@wke.es

En papel: <http://tienda.wke.es> o en digital: www.smarteca.es

Solo alguien que conoce tu negocio como tú, puede ser el mejor socio

Wolters Kluwer

Tu mejor socio



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Wolters Kluwer España, S.A.

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 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Sobreendeudamiento de la persona física, vísperas de su regulación

Es cada vez más un clamor popular la necesidad de la regulación del sobreendeudamiento de la persona física, del que el Notariado ya se hizo eco hace más de dos años, con ocasión del 150.º Aniversario de su Ley, y, posteriormente, en los mismos Cursos de Verano de la UIMP de Santander.

Ahora, por fin, parece que el Gobierno tiene claro interés en regular el sobreendeudamiento y posibilitar que haya una segunda oportunidad o posibilidad de comenzar de nuevo.

Una cuestión que hay que plantearse es a quién debe aplicarse, pues no es infrecuente oír hablar o ver escrito lo del sobreendeudamiento hipotecario de las familias, de los autónomos, de los consumidores, etc., y, sin embargo, tras la más reciente reforma de la legislación concursal, la que continúa necesitada de tal nueva segunda oportunidad es la persona natural o física, cualquiera que sea el origen de las deudas que han dado lugar a su situación de insolvencia, o se vislumbre que ya es irremediable e inminente.

La primera cuestión, pues, que deberá quedar clara es el ámbito de su aplicación, y sería inaceptable que la persona natural o física, al margen del origen o naturaleza de sus deudas, no pueda volver a comenzar de nuevo, pues ella es el motor de todo: de la adquisición de viviendas, de la contratación de crédito al consumo, de la existencia de emprendedores, del fomento empresarial, de la actividad profesional o de la simple actuación como autónomo. E indiferente debería ser que su situación derive del préstamo hipotecario con el que quiso ser propietario de su vivienda habitual (en las más modernas construcciones doctrinales, configurado como un derecho subjetivo, no necesariamente a título de propiedad), del crédito personal al consumo o de su actuación como autónomo, profesional o incluso fiador. E incluso de que las deudas sean de origen voluntario o legal, pues también determinadas sanciones no directamente buscadas pueden llevar a situaciones de impago irreversibles.

Una segunda cuestión que necesariamente deberá matizarse es el permanente recurso al deudor de buena fe, dado que este, junto a presumirse, salvo que innecesariamente se cambien las reglas, no puede ser elemento excluyente sin más, aunque sí lo sea determinante del régimen aplicable. No cabe olvidar que el deudor de mala fe o doloso (dejando al margen situaciones penales) también requerirá de una especial consideración, pues, junto a su dignidad como persona, que no la pierde y goza de directa tutela constitucional, también ha de poder tener una segunda oportunidad (o enésima), dados los plazos que puedan contemplarse para el pago de lo que posible sea pagar.

Como la persona natural en situación de sobreendeudamiento lo que propiamente está es en situación de insolvencia, junto a las ya existentes cantidades y bienes inembargables, se requerirá matizar claramente cuándo es aplicable el nuevo régimen que pueda establecerse en su relación con la regulación ya existente de la insolvencia.

Determinado a quién se aplicará y cómo (aunque quepa entender que lo será a toda persona física), y por razón de qué deudas u origen de las mismas, todo ello para concretar uno u otro régimen de insolvencia aplicable, también será básico fijar su procedimiento, necesariamente extrajudicial (cuando menos, en su inicio y tramitación), y, desde luego, el plazo máximo de tramitación, a fin de dar certeza a la suspensión de cualquier procedimiento de ejecución durante su tramitación, y, finalmente, el orden de prelación para el cobro, que nada abona a que sea distinto del actual.

Ciertamente que no puede beneficiarse al deudor malicioso (aunque aquí estemos en el orden civil, que no penal), pero, sin duda, para evitar nuevas procesiones al TJUE (como está sucediendo en el ámbito hipotecario y de las cláusulas abusivas), no estará de más (pues raramente no lo será) tener presente que se está ante un consumidor y, por ello, a diferencia de la legislación codificada en que el protegido es el acreedor, aquí y ahora, y siendo de aplicación los reglamentos y directivas europeas, el protegido es el consumidor. Obviarlo es condenarla al fracaso.

Finalmente, aunque la segunda oportunidad derive en una sucesión interminable de segundas, terceras y enésimas oportunidades, el plazo en que se podrá o no pagar o liquidar la situación patrimonial existente, pues aquí no se está ante empresas o personas jurídicas «en liquidación» y extinción, sino ante personas naturales o físicas, debe ser breve, de entre cinco y diez años, incluso aunque pudiera ser diferente para el que lo sea de buena o mala fe, pues también este ha de gozar (lo goza hasta en el ámbito penal) de la rehabilitación.

Junto a ello, también parece imprescindible aprovechar la ocasión para acortar los plazos de prescripción: si poco sentido tiene en la era tecnológica un plazo de quince años, menos lo tiene (e incluso menos como excepción) el de veinte años de la acción hipotecaria.

Mucho es lo que cabe esperar, aunque para muchos llegue ya tarde, demasiado tarde, tanto para dignificar la condición de persona como incluso (y es lo secundario) para el mismo fomento de la economía. Se trata de poder gozar de la condición de ciudadano europeo, en iguales o equiparables situaciones de protección jurídica ante la adversidad.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Sobreendeudamiento de la persona física, vísperas de su regulación
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- Reflexiones arancelarias. Apuntes históricos, situación actual y perspectivas
Tomás Sobrino González 7
- La supervisión jurisdiccional de las medidas relativas a menores establecidas en proceso de familia: el coordinador de parentalidad. ¿El órgano crea la función?
Myriam Sambola Cabrer 10
- Devoluciones en caliente y la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
Eduard Sagarra Trias 22
- La CAE en casa
Ernesto Tarragón Albella 33
- El Registro Civil del Colegio de Registradores: un regalo (envenenado o no) inmerecido
Javier Micó Giner 37
- El futuro del Notariado. Bases para un Plan Estratégico del Consejo General del Notariado en el periodo 2015-2016
Joan Carles Ollé Favaró 41



Entrevista

- «Hay que evitar un Notario que dependa exclusivamente del mercado»
Pierre Becqué 47
- «Es muy importante que notarios y abogados entiendan que la mediación es una oportunidad para ellos»
James South 51



Doctrina

- Reformando la Ley de Sociedades de Capital al amparo del gobierno corporativo
Ignacio Farrando Miguel 54
- El desahucio de la vivienda: un procedimiento lento, caro y traumático
Cristina Maestre Fuentes 73
- La fidelidad del inventario en la aceptación beneficiaria de la herencia
Marta Ginestà Gargallo 83



Práctica

- Arrendamiento y Registro de la Propiedad: ¿seguridad del tráfico jurídico o disminución de los derechos del arrendatario?
José Luis Valle Muñoz y Antonio A. Longo Martínez 89
- Seviden@sociedades.com
José Javier Cuevas Castaño 98



Internacional

- Una aproximación al Reglamento 650/2012 (y II): ley aplicable, residencia habitual y certificado sucesorio
Elisabeth García Cueto 101



Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 111
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Victor Esquirol Jiménez, Redacción Wolters Kluwer 118



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
Fernando Agustín Bonaga 123
- Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 147



Bibliografía

- «La deuda histórica del arbitraje moderno». Antonio Fernández de Buján y Fernández
Ángel Serrano de Nicolás 160



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 162

Reflexiones arancelarias. Apuntes históricos, situación actual y perspectivas



Tomás Sobrino González
Decano del Colegio Notarial de La Rioja
Presidente de la Comisión de Aranceles del Consejo General del Notariado

Los que, casi sin darnos cuenta, cumplimos unos cuantos años en el Notariado recordamos la difícil situación a la que dio lugar la elaboración de **la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989**, que concluyó con su disposición adicional tercera, según la cual: «*Los aranceles se aplicarán sobre los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquellos, sobre los consignados por las partes*». Al venirse aplicando los aranceles entonces vigentes por el valor de mercado y no por el valor declarado o fiscalmente comprobado, toda la regulación arancelaria quedaba desfasada. Aquello **se vivió como una situación de alarma**.

Pues bien, **apenas transcurridos seis meses**, acortando el plazo de un año previsto por la propia Ley de Tasas, **vio la luz el Real Decreto 1426/1989, de 17 de no-**

viembre, por el que se aprobaron los actuales aranceles.

La evolución de la actividad notarial es conocida de todos: **reducción generalizada de la numeración**

Permítaseme, al propósito de estas líneas, resaltar que el mismo Preámbulo indicaba que **su elaboración había estado presidida por los siguientes criterios:**

- 1.- Cobertura de gastos**, incluida la retribución profesional.
- 2.- Cambio en la determinación de las bases**, pues, antes de la Ley de Tasas, se

atendía a los valores reales, y después solo cabía el valor fiscal o el declarado.

- 3.- Simplificación de la estructura y el contenido**, pasando de los dieciocho números del arancel anterior, del año 1971, a los siete números del actual, y con diversas disposiciones adicionales para mayor claridad.

Independientemente de estos criterios oficiales, llamaba la atención el incremento que supuso de las percepciones arancelarias.

Situación actual

Veamos a continuación cuál es la presente situación arancelaria. Son de señalar de manera somera los siguientes puntos:

Retoques y rebajas sucesivos

El arancel actual, entendido inicialmente como «simplificación de la estructura» y «clarificación de conceptos» (Preámbulo *dixit*), ha padecido, y damos por bien empleada la expresión desde un punto de vista arancelario, retoques y rebajas continuos. Desde 1989, el arancel se ha visto modificado en sesenta y cuatro ocasiones, siempre a la baja, y en ningún caso se ha procedido a revisar sus cuantías, ya sea en lo relativo a documentos sin cuantía, de cuantía o a cualesquiera otros conceptos arancelarios.

Evolución económica

El incremento del índice de precios al consumo ha sido, en el período que va de diciembre de 1989 hasta noviembre de 2014, de un 114,5 %, según el Instituto Nacional de Estadística.

Los requerimientos tecnológicos han sido atendidos y superados por el Notariado, sin modificación arancelaria alguna

El número de empleados censados a 31 de diciembre de 1988 era de 7.762; los últimos datos de que se dispone señalan que el número de empleados se ha multiplica-

do en un 133 %. Durante el mismo periodo, la comparativa a sueldo base del personal contratado en nuestros despachos arroja un incremento del 102 %.

Los notarios somos los primeros interesados en que nuestro arancel sea claro y calculable

La evolución de la actividad notarial es conocida de todos: reducción generalizada de la numeración, los documentos de cuantía han caído hasta niveles de los años noventa, su base cuantitativa también ha disminuido e incluso ha habido una política arancelaria consistente en extraer de los documentos de cuantía determinados negocios jurídicos (sociedades, subrogaciones, cancelaciones).

Aquellos incrementos del arancel de 1989, en el momento de su aparición, se han visto desbordados por el paso del tiempo, las circunstancias dichas y la falta de actualización.

Requerimientos tecnológicos en la prestación de la función pública notarial

La generalización de las nuevas tecnologías en la prestación de la función; el establecimiento de la red corporativa más

extensa de España, conocida como RENO; la creación de la plataforma notarial SIGNO, que atiende a la necesidad de que todos los notarios cuenten con los mismos sistemas tecnológicos para cumplir su función; la implantación del Índice Único Informatizado, en el que ya no se trata de digitalizar documentos, sino de grabar su contenido en una enorme base de datos de la que se nutren las Administraciones Públicas... Todo ello han sido requerimientos tecnológicos atendidos y superados por el Notariado sin modificación arancelaria alguna.

Incorporación del cuerpo de corredores

La incorporación del cuerpo de corredores de comercio supuso, de manera inmediata, el traslado de su arancel de pólizas, regulado mediante el Decreto de 15 de diciembre de 1950 y la reforma del Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio. Esta trasposición de la normativa no deja de producir situaciones que es necesario regular de una manera armónica y sistemática. Véase, a título de ejemplo y como apunte de actualidad, la respuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de octubre de 2014 a la consulta del Colegio Notarial de Madrid sobre las llamadas *pólizas desdobladas*, y cómo termina aplicando a actuaciones notariales relacionadas con pólizas normas cuyo presupuesto de aplicación es la actuación notarial fuera de tal ámbito o en un ámbito documental completamente diferente.

Desde 1989, el arancel se ha visto modificado en sesenta y cuatro ocasiones, siempre a la baja, y en ningún caso se ha procedido a revisar sus cuantías, ya sea en lo relativo a documentos sin cuantía, de cuantía o a cualesquiera otros conceptos arancelarios

El Reglamento Notarial se reformó regulando la forma de proceder de los notarios en el ámbito de las pólizas, alterando pautas de actuación del cuerpo de corredores, llegando a lo que podría denominarse «la notarialización de la póliza» (desaparición de los diversos ejemplares, copias sin firmas, protocolo de pólizas, etc.). Sin embargo, nada se reformó arancelariamente. La nueva reglamentación





suponía, respecto de la anterior, tal cambio en la forma de proceder que necesariamente había de afectar a la estructura de gastos de los despachos. A pesar de ello, los aranceles del cuerpo de corredores no experimentaron variación.

Futuro arancel

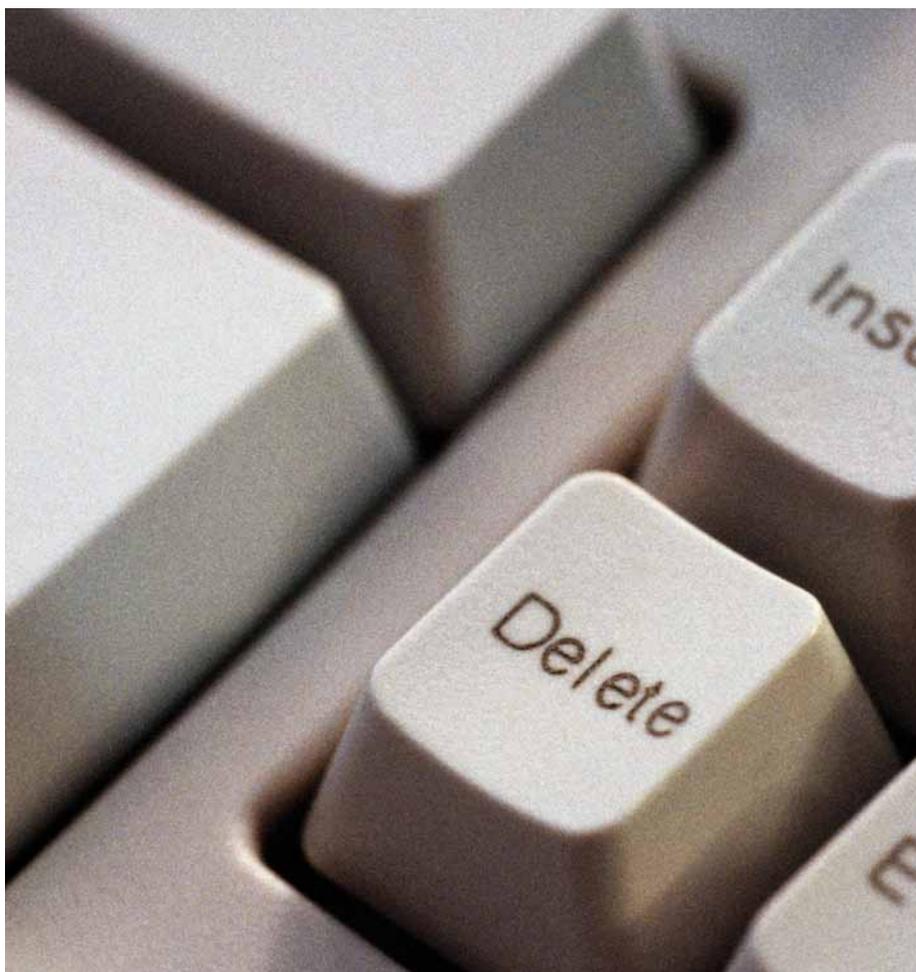
A la vista del panorama descrito, cabe al menos dejar apuntadas algunas de las líneas más básicas a tener en cuenta en el proceso de elaboración de un nuevo arancel.

Proporcionalidad con otros costes de la seguridad jurídica preventiva

La función notarial es trascendental en el sistema de la seguridad jurídica preventiva. Así se demuestra en el día a día de nuestros despachos y en el desenvolvimiento de tal sistema en los países de nuestro entorno. Pero también es cierto que, en España, se desarrolla con otras funciones, y me estoy refiriendo a la actividad del Registro de la Propiedad y del Mercantil. Por ello se impone una reflexión y un estudio sobre lo que cada una de las diferentes actuaciones dentro del todo de la seguridad jurídica preventiva suponen y aportan, analizando el esfuerzo y la dedicación que cada una de ellas exige y determinando, en definitiva, lo que han de costar. Por otra parte, si la fusión de los dos cuerpos propuesta por muchos llegara a puerto, nada impediría alcanzar la «proporción áurea» que solucionase armónicamente la cuestión.

Simplicidad y calculabilidad

El Notario se encuentra en contacto directo con el público y una parte esencial y nuclear de su función descansa en la confianza que el usuario tenga en él, ya sea como profesional singular o como miembro de un colectivo en el que sus integrantes, por el hecho de formar parte de él, son merecedores de ella. Además, esa función se ejerce en un sistema de libre elección de Notario. Todo ello exige, para su correcto desenvolvimiento, claridad en este punto tan sensible. Los notarios somos los primeros interesados en que nuestro arancel sea claro y calculable.



Reflejo del trabajo que implica el documento

La anterior nota de la calculabilidad no puede llevarnos a imponer al documento notarial una tarifa plana, ni tampoco un arancel basado exclusivamente en una escala de cuantía predeterminada. La documentación notarial implica un trabajo de elaboración y también de conservación esencial que ha de tener su reflejo retributivo, y eso se antoja difícil, sin un sistema que contemple la extensión del documento.

Tecnológico

No solo debemos tener en cuenta las actuaciones que las nuevas tecnologías han posibilitado al Notariado. **Debe ser objeto de estudio todo lo relacionado con la futura matriz y la copia electrónica**, con un riguroso análisis de costes, planteándonos cuestiones como los posibles formatos de copia electrónica, la conversión del documento elaborado con un programa de tratamiento de texto a formato PDF,

las diferentes resoluciones del documento PDF, etc. Esto es un futuro tan cercano que es puro presente del Notariado.

Mediante estas «reflexiones arancelarias», se deja constancia, de manera no exhaustiva, de las necesidades, posibilidades y retos de una cuestión de altísima importancia para el correcto funcionamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva

Doy por concluidas aquí **estas reflexiones**, que no son nada más que **un intento de levantar acta en la que se hagan constar**, de manera no exhaustiva, **las necesidades, posibilidades y retos de una cuestión de altísima importancia para el correcto funcionamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva**.

La supervisión jurisdiccional de las medidas relativas a menores establecidas en proceso de familia: el coordinador de parentalidad. ¿El órgano crea la función?



Myriam Sambola Cabrer
Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona

I. PRESENTACIÓN

La tipología de los problemas que afloran en un conflicto familiar evidencia, en muchos casos, la **insuficiencia o inadecuación de la justicia procedimental** y la crisis del proceso judicial contencioso como instrumento de gestión de los conflictos familiares.

Los operadores jurídicos dedicados al ámbito del Derecho de la Persona y de la Familia opinan mayoritariamente que es necesario aunar esfuerzos para introducir en el tratamiento jurídico de los conflictos todos aquellos instrumentos que favorezcan o permitan una gestión eficaz del conflicto y que reduzcan sus efectos lesivos en los más débiles.

Entre los **instrumentos para mejorar la gestión judicial de los conflictos fa-**

miliares, destaca la mediación, regulada por la Directiva 2008 y la Ley 5/2012, de 1 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo impulso —enmarcado en las **prácticas de Derecho colaborativo o cooperativo y de Justicia terapéutica**— constituye una exigencia ética para todos los profesionales implicados.

De forma paralela, ante la falta de cultura transaccional en nuestro país y dada la judicialización de buena parte de los conflictos familiares, es preciso dotar al proceso judicial —en sus diferentes fases de enjuiciamiento y ejecución también— de todos aquellos instrumentos que auxilien al Juez a dar la mejor respuesta y, al tiempo, ayuden específicamente a las partes a no agravar el conflicto y a minimizar sus consecuencias negativas.

En el marco de los conflictos judicializados y junto a la mediación, destacan también, en la línea expuesta, el plan de parentalidad, los puntos de encuentro, los servicios de asesoramiento posruptura y el coordinador de parentalidad.

La **mediación** es una fórmula alternativa o complementaria cuyos efectos beneficiosos en las crisis matrimoniales reside en atribuir a las partes, en cualquier momento, el poder decisorio del conflicto posteriormente plasmado en la sentencia, lo que determina una reducción importante del incumplimiento de la resolución —función facilitadora de la observancia de lo resuelto—, al tiempo que evita posteriores litigios entre aquellos que han mediado —función preventiva de conflicto posterior; artículo 233-6 CCCat.



FICHA TÉCNICA



Resumen: El coordinador de parentalidad es una figura auxiliar del Juez, cuya base legal aparece en el cuerpo normativo catalán —específicamente, en el Código Civil catalán—, mediante la cual se persigue completar y garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas personales establecidas en un proceso de familia afectante a los hijos menores de edad, así como contribuir a la normalización de las relaciones familiares tras la ruptura. En este artículo se explica el origen de la figura, con referencia a la experiencia de Derecho Comparado, se enmarca y se define su necesidad en el marco del proceso de familia y se valora y se reflexiona sobre su oportunidad, así como sobre los criterios para acordar su intervención a propósito de las recientes sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Palabras clave: Menores, Derecho de Familia, coordinador de parentalidad, Código Civil catalán.

Abstract: The parenting co-ordinator is a role that is auxiliary to the judge, the legal basis of which derives from the Catalan legal system, and specifically the Catalan Civil Code, and its mission is to complete and safeguard effective compliance with the personal measures laid down in family proceedings affecting minor children, as well as to contribute to the normalization of family relationships following a split. This article explains the origin of this role, with reference to the experience of comparative law, and the need for this role within family proceedings is contextualized and defined, as well as evaluating and reflecting on its usefulness, and the criteria for establishing when it is to intervene, following the recent judgements handed down by the Provincial Chamber of Barcelona.

Keywords: Minors, Family Law, parenting co-ordinator, Catalan Civil Code.

El **plan de parentalidad** es otro instrumento útil para minimizar conflictos. En Catalunya, desde la entrada en vigor del Código Civil catalán —1 de enero de 2011—, es obligatorio, integrado en el Convenio Regulador —artículo 233-2.2 a) CCCat. El Preámbulo de la Ley lo califica de instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. La preparación responsable y ordenada de la ruptura mediante un marco que contemple de forma singularizada o personalizada los contenidos enumerados en el artículo 233-9 CCCat constituye el mejor exponente del ejercicio responsable de la responsabilidad parental en situación de crisis, situando a las partes con claridad en el nuevo escenario.

Los **puntos de encuentro familiares**, llamados Punt de Trobada (PT), son

un valioso elemento auxiliar de la acción de los Tribunales en la fase de ejecución de las resoluciones judiciales —autos de medidas provisionales previas o coetáneas o sentencias. Los PT son útiles para: a) facilitar las entregas y recogidas de los hijos menores en casos de conflictividad de la pareja, b) facilitar los encuentros de los progenitores con los hijos cuando existen problemas en la relación paternofamiliar por distintas razones —anomalías conductuales de los hijos, distanciamientos, problemas de adicciones, sospechas de malos tratos e incluso en casos de rupturas en procesos de VIDO. Su base legal viene contenida en el artículo 233-13.2 CCCat y en la DA 7.ª de la Ley 25/2010. Esta última disposición sistematiza en parte las modalidades de intervención del PT —con vocación claramente temporal—, que van desde el puro control de entregas y recogidas hasta constituirse en centro donde se desarrolla el espacio de estancia paternofamiliar, con asistencia, supervisión, seguimiento y devolución al órgano judicial con la periodicidad marcada.

Se realiza un **seguimiento de las medidas por los equipos psicosociales** —SATAF, en Catalunya.

La DA 7.ª de la Ley 25/2010 incluye de forma expresa la posibilidad de que el

seguimiento sea realizado por el SATAF y da carta de naturaleza a la intervención de los equipos psicosociales como auxiliares también de la ejecución y no solo de la fase de enjuiciamiento.

Los equipos técnicos de soporte judicial que ya han intervenido durante el proceso mediante la elaboración del informe de asesoramiento técnico previo al dictado de la resolución judicial y que, por consiguiente, ya conocen la situación familiar pueden ser normalmente los técnicos idóneos para realizar un seguimiento posterior y puntual de las medidas impuestas.

La justificación de estas medidas o instrumentos complementarios surge también de la necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas establecidas y entronca de modo fundamental con el principio constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por último, el **coordinador de parentalidad** es una figura auxiliar del Juez, cuya base legal aparece en el Código Civil catalán, mediante la cual se persigue completar y garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas personales establecidas en un proceso de familia afectante a los hijos menores de edad y contribuir a la normalización de las relaciones familiares reconstruidas tras la ruptura.

La mediación es una fórmula alternativa o complementaria cuyos efectos beneficiosos en las crisis matrimoniales reside en atribuir a las partes, en cualquier momento, el poder decisorio del conflicto posteriormente plasmado en la sentencia

En este artículo se explica el origen de la figura, con referencia a la experiencia en Derecho Comparado, se enmarca y se define su necesidad en el marco del procedimiento de familia y se valora y se reflexiona sobre su oportunidad, así como sobre los criterios para su utilización a propósito de las recientes sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona.

II. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO. GARANTIZAR EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS

En el marco del proceso judicial de familia, el principio o mandato constitucional contenido en el artículo 117 CE de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y en el artículo 18 de la LOPJ adquiere una particular dimensión en todos aquellos casos en los que están presentes personas que requieren una protección jurisdiccional de oficio: menores, incapaces.

Concretamente en los procesos de familia, y específicamente al establecerse al amparo del artículo 233-4 CCCat **medidas de guarda y relaciones paternofiliales**, medidas personales que implican obligaciones de hacer personalísimas que en ocasiones son dinámicas, progresivas o susceptibles de ser moduladas, se ha constatado que no siempre es suficiente el dictado de la sentencia que pone fin al procedimiento para que las medidas definitivas establecidas como consecuencia de la ruptura y para regular sus efectos se cumplan.

Tampoco lo es el marco procesal previsto para el caso de incumplimiento. La cobertura procesal vigente para la ejecución forzosa, ante la ausencia de un cauce procesal específico para estas medidas dada su naturaleza, es la normativa dispuesta para las obligaciones de hacer del artículo 709 LEC. Las previsiones legales se limitan a medidas sancionadoras de carácter civil, como las multas coercitivas del artículo 776.2 a) LEC y la advertencia de modificación del régimen de guarda y visitas que contiene el párrafo 3.º del citado precepto o el refuerzo de los tipos penales previstos en el artículo 622 CP, cuya eficacia es cuestionable en todos los casos. (Pascual Ortuño Muñoz, «La coordinación de parentalitat», en *Món Jurídic*, n.º 284, Febr. 2014.)

Por otra parte, es una realidad constatada, dada la naturaleza dinámica y esencialmente cambiante de las relaciones interpersonales, que en los convenios reguladores y en las sentencias que ponen fin a los procedimientos de familia quedan necesariamente abiertos muchos temas en relación con los hijos, puesto que no es posible prever todas las vicisitudes de las circunstancias y los intereses

complejos de los componentes del grupo familiar, que deben ser concretados después de finalizado el litigio. Las relaciones paternofiliales son esencialmente dinámicas y es necesario adaptarse a las nuevas circunstancias. (Pascual Ortuño Muñoz, «La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial. Comentario a los artículos 233-13 y 236-3 CC Catalunya», en *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, n.º 107, 2014.)

La adaptación satisfactoria de los hijos a la nueva estructura resultante tras la ruptura no depende tanto del modelo de guarda establecido como de la habilidad de los progenitores y de las características básicas del entorno familiar

También se evidencia en muchos casos que los conflictos respecto a la guarda son falsos conflictos o que no se reconducen optando por una u otra modalidad. La **adaptación satisfactoria de los hijos a la nueva estructura** resultante tras la ruptura no depende tanto del modelo de guarda establecido como de la habilidad de los progenitores y de las características básicas del entorno familiar. De modo que puede decirse que el contenido de las medidas personales que se establecen en la sentencia, así como su efectivo cumplimiento y ejecución satisfactoria y en interés del menor, dependen esencial y fundamentalmente de la calidad de los progenitores.

Por todas estas razones, en ocasiones, cuando el interés del hijo lo demanda, es preciso adoptar medidas complementarias para garantizar ese efectivo cumplimiento.

No puede obviarse en este sentido que, en el marco de los derechos del niño relacionados con la familia y a propósito de su protección por parte del Derecho Internacional, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH) ha establecido con claridad que se considera una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH),

la omisión de medidas para **garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales en materia de derecho de visitas paternofiliales**: sentencias de 22 de junio de 2006, *Bianchi vs. Suiza*; de 2 de septiembre de 2010, *Mincheva vs. Bulgaria*, y de 29 de enero de 2013, *Lombardo vs. Italia*.

En el caso *Lombardo vs. Italia*, el TEDH entiende que las autoridades italianas han vulnerado el derecho a la vida familiar del demandante en cuanto a la dificultad para poder ejercer su derecho de visita, por lo que estima la violación del artículo 8 CEDH.

El Tribunal recuerda específicamente que la medida impuesta, régimen de visitas, sin detalles de su cumplimiento y ejecución efectiva, es siempre insuficiente, y añade que, en este caso concreto, las autoridades no han facilitado al interesado el apoyo que ha reclamado para organizar las visitas a su hija, así como para hacer frente a las dificultades planteadas por la madre de la niña para ejercitar su derecho, no atendiendo a sus reclamaciones en este sentido. El TEDH, teniendo en cuenta el margen de apreciación de las autoridades nacionales en esta materia, considera no obstante que no se han llevado a cabo todos los esfuerzos precisos y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante, por lo que estima la vulneración del derecho de respeto a su vida privada y familiar y, por tanto, de esta disposición.

Se considera vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales la omisión de medidas para garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales en materia de derecho de visitas paternofiliales

Ello no obstante, es preciso tener en cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege a la familia, tanto en el ámbito universal como en el regional, de injerencias arbitrarias o ilegales por parte del Estado. Ha existido tradicionalmente una política de no inter-



vención por parte del Derecho Internacional en las relaciones familiares que se ha ido modulando de forma progresiva. El respeto al derecho del individuo a la vida familiar convive con el deber del Estado de velar por el niño e intervenir, llegado el caso, si existe una situación de riesgo para el menor derivada de la actuación de los miembros de la familia.

En este sentido, el TEDH ha recordado también que, en el ámbito de la protección del menor, ha de imperar el **principio de «intervención mínima»**. El concepto de *orden público* ha de estar referido, necesariamente, a los valores esenciales de la comunidad recogidos en los textos constitucionales como derechos fundamentales de la persona —incluidos en toda su extensión los de los menores de edad.

La STEDH de 24 de marzo de 1988 —*Olsson vs. Suecia*— viene a definir los requisitos que ha de reunir la **legítima injerencia del Estado** en las relaciones paternofiliales:

- a) Que tenga una previsión legal —principio de legalidad. La razón de la intervención precisa una base legal que la justifique y que faculte a la autoridad judicial a intervenir para asegurar la realización del interés superior del menor.
- b) Que tengan una finalidad legítima, puesto que no basta que la ley lo establezca, sino también que por esta vía no se ampare el abuso del derecho, el fraude de ley o el uso antisocial del sistema legal.
- c) Que sean necesarias, es decir, que no sea posible razonablemente conseguir el mismo objetivo con otros medios menos gravosos. El TEDH ha establecido en reiterada jurisprudencia que el concepto de *necesidad* implica una injerencia fundada en una exigencia social imperiosa y, en especial, al fin legítimo que se persigue.
- d) Que sean proporcionales, puesto que las medidas siempre han de tener un menor impacto en la estabilidad del menor que el perjuicio que pretenden evitarle.
- e) Que sean imparciales, destacándose al respecto la importancia que el Tribu-



nal otorga, para integrar el concepto de *imparcialidad*, a la actividad que ha garantizado el escuchar todos los puntos de vista.

III. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. ORIGEN, CONSTRUCCIÓN PROCESAL COMO AUXILIAR. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y CRITERIOS PARA SU DESIGNACIÓN

El principio constitucional de garantizar el cumplimiento de la resolución judicial, unido al principio del superior interés del menor en todas aquellas materias de orden público sobre las que debe regularse al tiempo de una ruptura familiar, justifica la procedencia de las medidas auxiliares examinadas.

Ello no obstante, ambos principios deberán ponderarse y considerarse también a la luz del principio de intervención mínima, ejercicio conjunto y responsable por parte de los progenitores de las funciones derivadas de la responsabilidad parental y principio de la autonomía de la voluntad.

En aquellos casos donde, ponderados todos los principios e intereses en juego, se constata la necesidad de acordar una intervención que garantice el superior interés del hijo, entre las distintas medidas

complementarias que pueden arbitrarse en la sentencia para dar cumplimiento a la medida establecida, está también la figura del llamado *coordinador de parentalidad*.

Esta figura permite normalizar las relaciones de parentalidad en rupturas de alta conflictividad en las que los hijos comunes son menores de edad

1. Origen de la figura

Es una **figura importada**, una modalidad de intervención que en Derecho Comparado, especialmente en EE. UU. y Canadá desde su incorporación en 1975, se ha revelado como un instrumento eficaz **para normalizar las relaciones de parentalidad en rupturas con alta conflictividad en las que hay hijos comunes menores de edad**. En aquellos países, y en palabras del experto canadiense Dominique d'Abate, se concibe como un servicio para la resolución alternativa de disputas entre padres divorciados con alto riesgo de conflictividad. (Dominique d'Abate, *Coordinación y supervisión parental: Un servicio para la resolución alternativa de disputas entre padres divor-*



ciados con alto riesgo de conflictividad, 2012.)

En estos países, se ha estudiado el perfil de las familias con alto grado de conflictividad candidatas a este tipo específico de intervención.

Según estudios realizados en estos países, uno de cada cuatro divorcios da lugar a una situación claramente conflictiva, y aproximadamente un 10 % de las familias genera el 90 % del trabajo en los Tribunales. Y el dato más importante constatado:

Los mayores damnificados son los menores, víctimas no del hecho del divorcio en sí, sino de la tóxica relación entre sus progenitores. [...] Los menores que crecen en un ambiente contaminado por las malas relaciones cronificadas entre sus progenitores —divorciados o no— experimentan problemas de angustia, agresividad, hábitos desordenados, etc. Estudios sociológicos realizados en estos países consignan que, frente a un 10 % de menores con problemas en familias «plácidas», en las familias «problemáticas» el porcentaje supera con creces el 30 %. Además, existen los denominados *efectos durmientes*, esto es, las disfunciones y carencias que aparecen a largo plazo, en la edad adulta, y que tienen sin duda un alto impacto social. (Elena LAUROBA LACASA, *Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores*, Ed. Sepín, Madrid, 2013.)

La construcción de esta figura de origen anglosajón se basa en la consideración de que, en un determinado porcentaje de familias, la ruptura traumática de la relación de los progenitores implica la necesidad de establecer para el futuro nuevas pautas en los comportamientos, hábitos y organización

Este servicio de supervisión parental incorporado en estos países con la finalidad expuesta surge en un determinado entorno sociocultural, se enmarca en un sistema judicial, el anglosajón, esencial-

mente ajeno a nuestras coordenadas, y va acompañado frecuentemente de otras medidas complementarias, como los llamados *programas de educación parental*, ya sean de ámbito general o singular. Estos programas están concebidos para concienciar a los padres, al inicio del proceso, de las consecuencias de un divorcio o ruptura conflictiva y, habitualmente, están impulsados y supervisados por los propios Tribunales. Existe una cultura de trabajo en red y no en compartimentos estancos. Estos programas de educación parental están implantados en 46 estados y en algunos de ellos son obligatorios en la actualidad. Pese a ello, los problemas a los que están llamados a dar solución son en esencia comunes a los que se plantean o pueden plantearse en nuestro entorno.

Aunque todavía no existen estudios empíricos de magnitud, según un estudio realizado en un condado del Estado de California, el coordinador de parentalidad reduce de forma importante la litigiosidad tras el divorcio. Así, en el año anterior a la implementación del programa del coordinador parental, 166 parejas divorciadas habían acudido a los Tribunales en 993 ocasiones. En el año posterior a la implementación de dicho programa, las mismas 166 personas acudieron 37 veces. Paralelamente, se constató una reducción del conflicto respecto al excónyuge, así como una notable satisfacción con el coordinador parental. (Elena Lauroba Lacasa, *Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores*, Ed. Sepín, Madrid, 2013.)

La construcción de esta figura de origen anglosajón se basa en la consideración de que, en un determinado porcentaje de familias, la ruptura traumática de la relación de los progenitores implica la necesidad de establecer para el futuro nuevas pautas en los comportamientos, hábitos y organización. La implantación de un nuevo sistema exige un mínimo nivel de colaboración o entendimiento que suele exceder de las propias capacidades de los afectados, por lo que es frecuente, especialmente en fase de ejecución, que se produzca una escalada de conflictos que no se pueden controlar por los propios interesados y los hijos y en la que los abogados necesitan instrumentos auxiliares para adoptar soluciones razonables y duraderas. (Pascual Ortuño Muñoz,

«La coordinació de parentalitat», en *Món Jurídic*, n.º 284, Febr. 2014.)

El coordinador de parentalidad es un profesional colaborador de los Tribunales y de los abogados que se recomienda en casos de alto riesgo de conflicto

El coordinador de parentalidad es un **profesional colaborador de los Tribunales y de los abogados** como experto en relaciones de parentalidad y, específicamente, de coparentalidad conflictiva. Su intervención viene indicada **en aquellos casos en los que existe un alto riesgo de conflicto** y se constata la necesidad de instaurar una específica supervisión y seguimiento familiar, en interés de los hijos, para desarrollar el plan de parentalidad establecido o cumplir una resolución judicial determinada.

Dominique d'Abate, siguiendo las pautas establecidas por la AFCC —*Guidelines for parenting coordination*—, enumera o menciona hasta cinco **funciones principales** del coordinador de parentalidad: evaluar, educar, coordinar sistemáticamente, gestionar el conflicto y ser responsable en la toma de decisiones cuando los padres son incapaces de ello. (Dominique d'Abate, *Coordinación y supervisión parental: Un servicio para la resolución alternativa de disputas entre padres divorciados con alto riesgo de conflictividad*, 2012.)

Estamos, pues, ante un profesional que asesora a todos los miembros de la familia para que sean capaces de transformar la precedente relación, deteriorada por el proceso de ruptura, en una nueva relación basada en el respeto que, especialmente en interés de los hijos, es necesario generar y consolidar con una perspectiva de futuro. Esta nueva relación está focalizada en las necesidades de los hijos cuyos progenitores se han separado o divorciado de forma contenciosa o por medio de mutuos acuerdos «claudicantes».

El coordinador de parentalidad, según d'Abate, para cumplir su función, debe tener formación en psicología infantil, familiar, en técnicas de gestión de conflictos, en mediación y también ser conocedor del sistema legal familiar, en educación social y en intervenciones sociales. Además, es ne-



cesario que tenga experiencia y herramientas en dinámicas familiares posruptura de pareja y, en determinados casos de mayor dificultad, en dinámicas de violencia en la familia, drogas, alcoholismo u otros factores educacionales.

2. Su construcción procesal como auxiliar del Juez en fase de ejecución

En el marco del proceso, su designación por el Tribunal, bien en fase de medidas provisionales, previas o coetáneas, bien en sentencia definitiva, lo sitúa en la posición de auxiliar del Juez, a quien deberá informar periódicamente en fase de ejecución de la resolución de que se trate, de la evolución de la medida impuesta y de su cumplimiento.

Su intervención precisará la apertura, normalmente de oficio, de una **pieza de ejecución** a efectos del seguimiento de la medida impuesta y de la intervención complementaria de auxilio judicial establecida.

La concreta construcción procesal de esta figura auxiliar del Juez se ha ido gestando a través del dictado de distintas sentencias por la Audiencia Provincial de Barcelona, principalmente.

Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona valoran, a la vista de las circunstancias concurrentes, los distintos supuestos en los que se estima procedente la designación de un coordinador parental como concreta figura auxiliar de apoyo a la medida acordada, con preferencia entre las demás existentes. Las resoluciones dictadas por la Audiencia dan **razones fundadas** para su intervención, al igual que ocurre con las demás medidas complementarias previstas en la DA 7.ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, y al tiempo perfilan e identifican aquellos supuestos en los que concurre un alto grado de conflictividad que justifica, en interés del menor, la intervención del coordinador parental.

Las sentencias dictadas establecen la intervención del coordinador parental con **anclaje legal** en lo dispuesto en los artículos 39 CE, 17 del Estatuto de Autonomía de Catalunya y 211-6, 233-8.3, 233-10.2, 236-3 y 233-13.1 CCCat, en relación con las DA 6.ª y 7.ª de la Ley 25/2010, de



29 de julio, y la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales.

La DA 7.ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, completa y concreta la previsión del artículo 233-13 CCCat de supervisión de las relaciones personales de los menores con el progenitor que no ejerce la guarda cuando dispone que, de acuerdo con la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, la autoridad judicial puede confiar la supervisión del régimen de relaciones personales a la red de servicios

sociales, si existe una situación de riesgo social o peligro, para que haga un seguimiento de la situación familiar.

Así, la **SAP Barcelona de 15 de enero de 2014** (Sección 12.ª), en un supuesto en el que se debatía sobre el régimen de guarda y el régimen de visitas de las hijas, acuerda mantener la guarda paterna y, con la finalidad de normalizar la relación materno-filial, arbitra como medio idóneo, al amparo del artículo 233-13 CCCat y de la DA 7.ª CCCat, la intervención



de un coordinador de parentalidad para que apoye y supervise la reanudación del vínculo de las menores con su madre.

En este caso concreto concurrían, como circunstancias relevantes para el mantenimiento de la guarda paterna y la adopción de la medida complementaria impuesta en apoyo del régimen de visitas existente, las siguientes: una enfermedad psíquica de la madre estabilizada y bajo tratamiento, un enfrentamiento prolongado en el tiempo entre ambos progenitores derivado de la ruptura, la falta de habilidades parentales suficientes para superar de forma adecuada la ruptura y el conflicto en interés de los hijos comunes menores de edad, la necesidad de que la relación de las hijas con la madre se normalice y la insuficiencia del régimen de estancias y visitas a través del PT para dar solución a los problemas existentes.

El Tribunal descarta, en este caso, la intervención del PT porque:

La situación que se ha constatado en la tramitación del proceso no presenta una tipología propia de las que se indican para que las visitas se celebren de forma supervisada en el Punt de Trobada, sino que necesitan, más bien, la inserción de medidas educativas para las propias menores y, especialmente, para facilitar la relación armónica con sus progenitores, que

es en definitiva lo que las hijas en el fondo desean. Precisamente por esta razón, el artículo 39 CE establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, al igual que contempla el artículo 17 del Estatuto de Autonomía de Catalunya.

Y al amparo de lo dispuesto en el artículo 233-13 CCCat y de lo establecido en la DA 7.^a CCCat, acuerda:

Imponer que el proceso de reanudación de la relación paternofamiliar y la concreción del mismo deberá realizarse bajo el control y con la intervención de apoyo de una persona que actúe en calidad de coordinador de parentalidad, que tendrá las facultades precisas para entrevistarse con los miembros de la familia, proponer y supervisar el proceso de normalización referido.

Y dado que en el supuesto ya existía un seguimiento de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de residencia de las menores acordado en la sentencia dictada en primera instancia, se acuerda mantenerlo y adicionar que sean los Servicios Sociales quienes designen a un técnico de su ámbito para que lleve a cabo la coordinación parental establecida:

Facultando a esta persona para entrevistarse regularmente con ambos progenitores, con las hijas y otras personas de su entorno, o para recabar informes al colegio y a los servicios sanitarios habituales, con el fin de planificar un proceso educacional que permita la normalización de la relación de las hijas con sus progenitores.

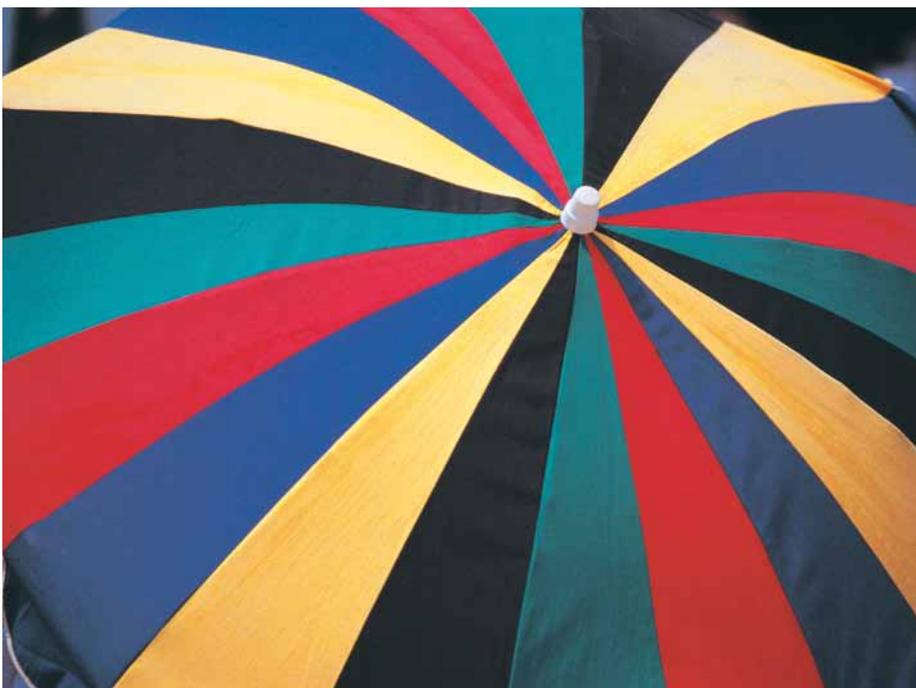
Específicamente, se indica en el fallo de la sentencia que ese profesional:

Tendrá las facultades precisas para entrevistarse con los miembros de la familia, proponer y supervisar el proceso de normalización referido al objeto de ordenar, en interés de las menores, la normalización del régimen de visitas establecido, con la obligación de los Servicios Sociales de remitir los informes periódicos al Juzgado hasta la normalización de la relación maternofamiliar.

La **SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014** (Sección 12.^a), al amparo de lo dispuesto en los artículos 211-6, 233-8.3 y 233-13 CCCat en relación con la DA 7.^a del Libro II del CCCat, acuerda la intervención de un coordinador de parentalidad a la vista, en primer término, de la suspensión temporal del régimen de visitas paternofamiliar, que venía desarrollándose durante dos horas semanales, con entregas y recogidas en el PT del domicilio materno, y atendida también, y fundamentalmente, la solicitud por el citado servicio de la intervención de equipos especializados en la valoración y magnitud del conflicto para posteriormente proporcionar la terapia y/o la mediación necesarias para proteger a las menores de una situación no resuelta entre los progenitores.

El art. 39 CE establece que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, al igual que contempla el art. 17 del Estatuto de Autonomía de Catalunya

La sentencia dictada en segunda instancia completa la previsión respecto al régimen de estancias y visitas de las me-





nores con el padre y, a tal efecto, establece que el proceso de reanudación de la relación paternofamiliar y su concreción se realizarán bajo el control y con la intervención del coordinador parental.

La sentencia subraya «la necesidad de que la relación paternofamiliar se normalice en todos los aspectos en cuanto a calidad y periodicidad de las estancias de las hijas con el padre». Y justifica la intervención del coordinador de parentalidad en la disfuncionalidad advertida en los núcleos familiares de ambos progenitores y en la incapacidad demostrada de preservar a las hijas del conflicto de pareja generadora de diversos incidentes que han culminado con la paralización de la intervención del PT.

Valorada la situación concurrente, procede imponer que el proceso de reanudación de la relación paternofamiliar y su concreción se realice bajo el control y con la intervención de una persona que actúe en calidad de coordinador de parentalidad, que tendrá las facultades precisas para entrevistarse con los miembros de la familia, proponer y supervisar el proceso de normalización referido. A tal efecto y dado que ya ha existido una intervención y valoración previas de la situación familiar por los Servicios Sociales de la zona, con emisión de un último informe el 28 de enero de 2013, serán los Servicios Sociales los que designen a un técnico de su ámbito para que, sin quebranto de las medidas penales que al tiempo de su intervención se encuentren vigentes, realice las funciones de coordinación parental. A tal efecto, el citado profesional procederá a entrevistarse con ambos progenitores, con las hijas, así como con todos aquellos profesionales (educadores, sanitarios, etc.) que ya estén interviniendo en su proceso socioeducativo y/o terapéutico, con la finalidad de planificar un proceso educativo que permita la normalización de la relación de las hijas menores con ambos progenitores y conseguir una respuesta funcional y responsable por parte de estos en el desarrollo del ejercicio de su responsabilidad parental. De conformidad con la norma legal citada, procede acordar la emisión regular de informes trimestrales de seguimiento por el citado servicio, o siempre que sea preciso, sin esperar a

la finalización del plazo. En los citados informes, podrá proponerse la modificación de la modalidad de intervención, si se aprecia la concurrencia de circunstancias que lo aconsejen y, asimismo, deben proponer el cese de la medida, si entienden que la relación puede ser perjudicial para las menores.

La **SAP Barcelona de 18 de marzo de 2014** (Sección 12.ª), en un procedimiento de modificación de medidas, desestima la petición paterna de supresión de la relación paternofamiliar con sus dos hijos menores de edad, articulada por vía de recurso, y acuerda también la intervención de un coordinador de parentalidad en interés de los hijos.

Se trata de un supuesto en el que se había producido una interrupción de la relación paternofamiliar, se había constatado la existencia de animadversión de la hija menor de 12 años hacia el padre y en el que específicamente se debatía sobre la procedencia o no de un régimen de relación paternofamiliar.

La sentencia resalta que:

Corresponde a los poderes públicos que la relación paternofamiliar exista y se desenvuelva con parámetros de normalidad por el propio interés de los hijos y por cuanto tal relación es indispensable e insustituible en orden al desenvolvimiento de la personalidad y estabilidad de los mismos.

La supresión legal de la relación paternofamiliar únicamente puede estar justificada por causas gravísimas y siempre que esté acreditado que tales relaciones son perjudiciales para el menor

Añade que la supresión legal de la relación paternofamiliar únicamente puede estar justificada por causas gravísimas, a tenor de lo que establece el artículo 236-5 CCCat y siempre que esté acreditado que tales relaciones son perjudiciales para el menor.

El Tribunal acuerda de oficio, como medida para asegurar la relación paternofamiliar y para supervisarla, de confor-

midad con lo dispuesto en los artículos 233-10.2 y 233-13.1 CCCat en relación con la DA 7.ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, establecer la imposición de una coordinación de parentalidad que, por delegación del Tribunal, garantice de inmediato la relación interrumpida de los hijos con el padre, de carácter obligatorio para ambos.

En el fallo de la resolución, específicamente se establece que:

Rechazando la pretensión del recurrente sobre las relaciones paternofiliales, se dispone de oficio la reanudación de las mismas entre el padre y ambos hijos, que serán concretadas en ejecución de sentencia, a la vista del informe que emita el coordinador de parentalidad, a designar por el Centro de Mediación de Derecho Privado de la Generalitat de Catalunya de entre la lista de mediadores del turno de Derecho de Familia que tengan especial perfil en preparación psicológica y que estén establecidos profesionalmente en el partido judicial de Arenys de Mar.

La **SAP Barcelona de 19 de febrero de 2014** (Sección 12.ª) acuerda, en un procedimiento de divorcio, la intervención de un coordinador parental en un supuesto en el que se pasa de una guarda paterna con amplio régimen de visitas a una guarda materna como modo de implantación de la nueva modalidad de guarda.

La función del coordinador parental es, en este caso, planificar con ambos progenitores, y con especial atención a la hija, la normalización del sistema de custodia exclusiva. Estamos ante un supuesto en el que existe alta conflictividad, que afecta a la menor, y donde la adopción de un concreto modelo de guarda no es suficiente para resolver los altos niveles de tensión entre los progenitores con directa incidencia en la hija menor. El Tribunal ha valorado que el cambio de modelo de custodia precisa, en este caso, dada la alta conflictividad existente, el apoyo psicológico y educativo de un coordinador de parentalidad que las partes deberán consensuar del turno correspondiente al Centro de Mediación de Derecho Privado de Catalunya o que, en ejecución de sentencia, deberá ser designado por el Juzgado de la ejecución, en cumplimiento de la presente resolución

y a solicitud de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal.

La SAP Barcelona de 19 de febrero de 2014 acuerda, en un procedimiento de divorcio, la intervención de un coordinador parental en un supuesto en el que se pasa de una guarda paterna con amplio régimen de visitas a una guarda materna como modo de implantación de la nueva modalidad de guarda

En la **SAP Barcelona de 26 de julio de 2013** (sección 12.^a), en parecidos términos, se acuerda el cambio de guarda materna a guarda compartida y se designa a un coordinador parental para solventar el conflicto relacional generado tras el dictado de la sentencia de primera instancia. Así, ante la situación de conflicto existente en las relaciones y con la finalidad de que el cambio del sistema de custodia sea efectivo, se acuerda su intervención como apoyo psicológico y educativo. El coordinador de parentalidad, en este caso, tiene asignada la función de planificar el sistema de normalización de la custodia por ambos progenitores atendiendo a los hijos, para que en el plazo máximo de dos meses desde el inicio del curso escolar dicha normalización sea efectiva.

La **SAP Barcelona de 7 de mayo de 2014** (Sección 12.^a), en un procedimiento de divorcio, establece un régimen de visitas restrictivo, sin pernocta, por razón de los problemas de adicción del padre a los estupefacientes. En este caso, los graves problemas de relación entre los progenitores derivan de la patología del progenitor:

Han provocado una escalada geométrica de los conflictos, con repercusión en la consideración que los hijos tienen del padre, que especialmente se ha hecho patente en los hijos mayores de 17 y 15 años, que lógicamente han adoptado la posición de defender a la madre del injusto tratamiento recibido.

Y justifica, a criterio del Tribunal, para restaurar o restablecer las relaciones parentofiliales:

La intervención de apoyo de un coordinador parental con facultades para mantener entrevistas con ambos progenitores, con los menores y con los miembros de la familia extensa, con los profesores y el centro escolar, así como con los servicios médicos, psiquiátricos y psicológicos que atiendan o eventualmente traten al padre o a alguno de los hijos. Especialmente podrá mediar entre los progenitores para concretar las medidas y garantías en el proceso de normalización referido.

La **SAP Barcelona de 17 de febrero de 2014** (Sección 18.^a) no da lugar al cambio de guarda y custodia solicitado por el padre por entender, en esencia, que no queda acreditado que vaya a ser más beneficioso para los menores. No obstante, aprecia estilos educativos inadecuados, actitudes disfuncionales en ambos padres y graves discrepancias sobre el abordaje del TDAH de uno de los hijos, y acuerda, al amparo de lo dispuesto en los artículos 211-6.1 y 233-13 CCCat y en la DA 7.^a de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro II del CCCat, nombrar a un coordinador parental a designar entre los profesionales de los Servicios Sociales del domicilio de los menores:

Este profesional deberá conducir a los padres, aconsejarles y dar pautas sobre el trato que ambos padres deben dispensar a sus hijos, así como sobre la necesaria comunicación que entre ellos deben mantener en temas relativos al bienestar de los menores, que es en definitiva lo que los hijos ahora precisan, e informará al Juzgado de la instancia con frecuencia semestral sobre la evolución de la relación entre todos ellos, en tanto sea necesario.

La **SAP Barcelona de 18 de noviembre de 2013** (Sección 12.^a) designa a un coordinador de parentalidad, al amparo del artículo 233-13 CCCat, a petición de cualquiera de los progenitores en ejecución de sentencia, entre los especialistas del Centro de Mediación de la Generalitat de Catalunya, con facultades precisas para conducir el proceso de toma de decisiones parentales, en un supuesto en el que ambos progenitores no preservan al hijo del conflicto de pareja y donde ambos muestran signos evidentes de ejercicio disfuncional de su responsabilidad

parental, del que es máximo exponente la ausencia total de comunicación y la descalificación permanente. El Tribunal indica de forma expresa que:

La petició de comunicació directa entre els progenitors no pot ser imposada judicialment ni exigida de forma coercitiva. És certament desitjable que els progenitors mantinguin la comunicació necessària entre ells per exercir la seva responsabilitat parental. En cas de trobar dificultats en aquesta tasca conjunta, hi ha la possibilitat d'intervenció d'un «coordinador de parentalitat», segons les previsions generals de mesures per a aquest àmbit de l'article 233-13 CCCat. Així, doncs, a petició de qualsevol dels progenitors, en execució de sentència, pot ser designat un coordinador de parentalitat entre els especialistes del Centre de Mediació de la Generalitat de Catalunya, amb les facultats precises per tal de conduir el procés de presa de decisions parentals.

En este caso específico, el coordinador parental, de ser solicitada su intervención por cualquiera de los progenitores y una vez designado en ejecución de la sentencia dictada, tendrá la función de trabajar las dificultades de toma de decisión conjunta de los progenitores, específicamente, las habilidades de cooperación y colaboración en interés del hijo para eliminar el riesgo existente para el menor.

La SAP Barcelona de 25 de febrero de 2014, en un procedimiento de modificación de medidas, acuerda la intervención de un coordinador parental con la finalidad de procurar que la hija pueda gozar de su derecho a estar el mayor tiempo posible en compañía de ambos progenitores

La **SAP Barcelona de 29 de abril de 2014** (Sección 12.^a), en un procedimiento de guarda y custodia contencioso y al amparo de lo dispuesto en los artículos 39 CE, 233-13.2 CCCat y en la DA 7.^a de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro II del Código Civil de Catalunya, acuerda designar a un coordinador pa-



rental y dejar sin efecto la intervención del PT en un supuesto de dos progenitores muy jóvenes que «*adolecen de la estabilidad y madurez que la niña precisa*». Añade la sentencia que:

La batalla legal que han desplegado las dos partes ha derivado en una absoluta falta de colaboración entre estas personas, que deben buscar puntos comunes para una comunicación racional que posibilite el deber de ambos de cuidar de la hija común y de garantizar el crecimiento de la misma exento de traumas psicológicos, posibilitándole una estabilidad favorable al desarrollo de su propia personalidad, en la diversidad que puede representar la diferencia de creencias religiosas que se utiliza indebidamente con fines puramente de descalificación del contrario.

En el fallo se establece que:

[...] dejando sin efecto las entregas y recogidas en el Punt de Trobada, y disponiendo que, previa solicitud del padre, en ejecución de esta sentencia, se designe por el Juzgado a un coordinador de parentalidad entre los especialistas del Centro de Mediación de la Generalitat de Catalunya, que tendrá las facultades precisas para entrevistarse con los miembros de la familia, proponer y supervisar el proceso de normalización referido al objeto de ordenar, en interés de la menor, la normalización del régimen de visitas de fines de semana alternos, mitad de periodos vacacionales, Semana Santa y Navidad y la mitad de las vacaciones de verano [...] con la concreción del apoyo de la familia extensa y demás medidas que procedan; el coordinador de parentalidad deberá emitir informe de seguimiento en el plazo de seis meses [...].

La **SAP Barcelona de 25 de febrero de 2014** (Sección 12.ª), en un procedimiento de modificación de medidas, acuerda la intervención de un coordinador parental con la finalidad de procurar que la hija pueda gozar de su derecho a estar el mayor tiempo posible en compañía de ambos progenitores. En este caso, el Tribunal ha constatado un alto nivel de conflictividad y unas especiales circunstancias del padre —de nacionalidad extranjera y con trabajo en el extranjero,



aunque mantiene su residencia en España—, y estima necesario establecer un sistema flexible que requiere:

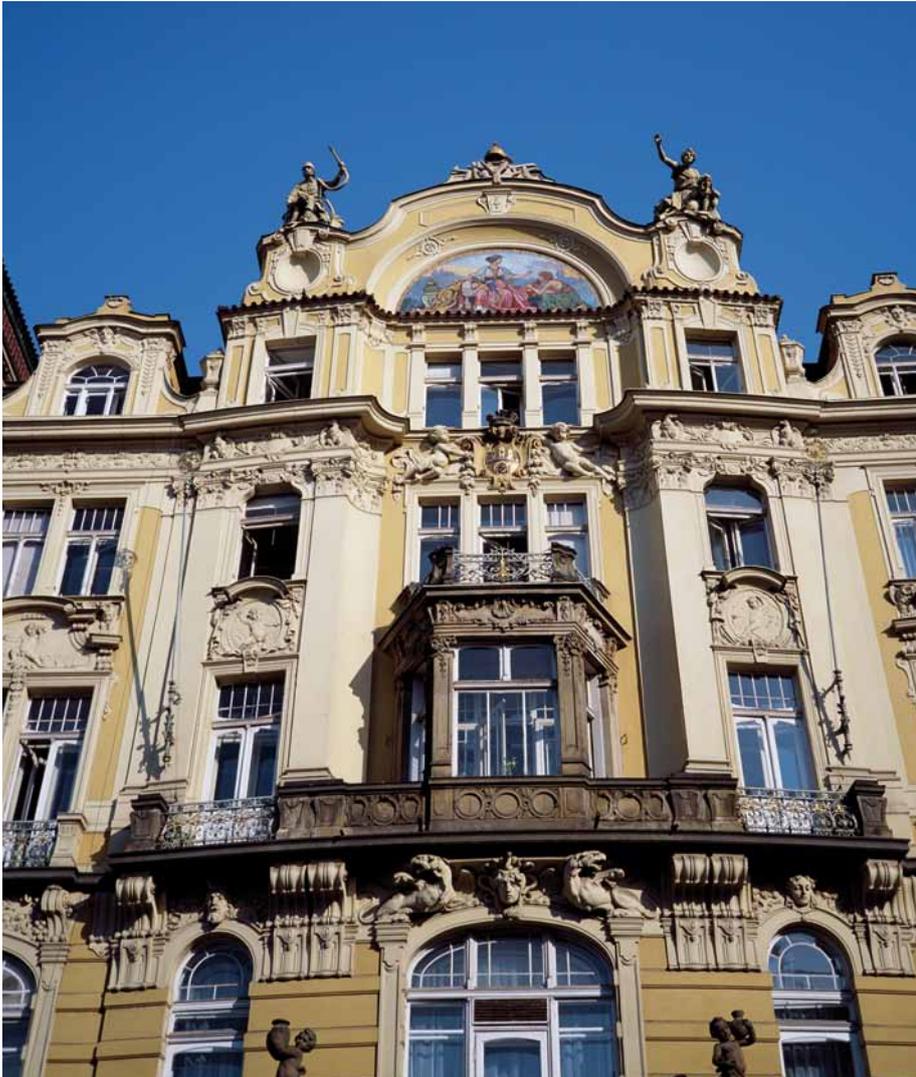
La intervención de una tercera persona, neutral e independiente, con formación en técnicas de mediación y psicología de la familia, que sirva de puente entre los progenitores y que, al mismo tiempo, pueda ejercer, por delegación del Tribunal, las funciones de facilitación y seguimiento del régimen de comunicación paternofamiliar, visitas y estancias. El Tribunal tiene plenas facultades para requerir, aperebrir e imponer medidas que salvaguarden el interés de los menores. Máxime en un caso como el de autos, en el que la niña está alcanzando una edad crítica en la que, si persiste esta situación de falta de colaboración e intransigencia para la distribución de las responsabilidades parentales, la repercusión negativa en la estabilidad y desenvolvimiento de la personalidad de la niña deparará perjuicios irreversibles, incluido el riesgo de ruptura de la relación con el padre, por lo que está justificado imponer una medida de apoyo y seguimiento por un coordinador de parentalidad que preste la ayuda que esta familia necesita para salvaguardar el interés de la menor.

En todas las resoluciones analizadas, para justificar la adopción de esta medida complementaria y garantista del

cumplimiento de la resolución dictada, se ha valorado la situación familiar, las capacidades parentales de los progenitores y las necesidades de los hijos, y se ha ponderado también el **grado de conflictividad existente**.

Al tiempo de establecerla, se determina específicamente la función que debe llevarse a cabo y el concreto contenido de la intervención del coordinador parental, su perfil profesional y los conocimientos específicos que precisará para llevar a cabo las funciones establecidas. El coordinador parental es un profesional al que la resolución judicial encomienda el seguimiento postsentencia de la medida o medidas impuestas, al tiempo que asiste a los padres

El coordinador parental es un profesional al que la resolución judicial encomienda el seguimiento postsentencia de la medida o medidas impuestas, al tiempo que asiste a los padres en el ejercicio de sus funciones parentales para procurar su recto cumplimiento, evitando o corrigiendo comportamientos



disfuncionales que puedan perjudicar al menor y derivar en incumplimientos que imposibiliten o comprometan la normalización de las relaciones paternofiliales en interés del menor.

El cómo deba articularse esa intervención complementaria, la forma de afrontar su coste económico y cuál es su concreto encaje en el sistema procesal existente es una cuestión sobre la que puede y debe necesariamente abrirse debate

La necesidad de un experto, de un profesional que aglutine las competencias expresadas y actúe en el sentido ex-

puesto, es una realidad constatada desde la práctica judicial.

Se trata de supuestos diversos, donde la **casuística** puede ser infinita y con un denominador común: una situación de alta conflictividad provocada por los progenitores, generadora de riesgo de fractura de los vínculos paternofiliales en claro perjuicio para los hijos menores de edad. En cualquier caso, estamos ante **supuestos excepcionales** donde, por distintas razones, concurre una evidente limitación de las capacidades de ambos o de uno de los progenitores para actuar de forma coordinada en interés y beneficio del hijo común menor de edad y en los que ese comportamiento disfuncional dificulta el cumplimiento de la medida personal establecida y sitúa al hijo en una posible **situación de riesgo**.

En los supuestos en los que se acuerda su intervención, las distintas medidas de apoyo ya conocidas y cuya utilidad es incontestable, como los puntos de encuentro y el seguimiento por los Servicios Psicosociales o los Servicios Sociales, se revelan insuficientes o inadecuadas, pues el auxilio que se precisa va más allá del seguimiento o de la supervisión o control posmesura, exclusiva y específicamente prevista en el punto 5.º de la DA 7.ª.

En los casos analizados, se constata que se requiere un **seguimiento intensivo y una actuación temporal, complementaria y específica** que asegure los intereses y el bienestar de los hijos menores. Esto se consigue con la intervención del coordinador parental, que actúa transitoriamente, de forma puntual y por delegación del Tribunal como administrador de un intangible: la parte emocional del conflicto familiar.

La intervención del coordinador parental, para que sea efectiva, no puede prolongarse en el tiempo. Precisamente una de las finalidades de su intervención es que sean los progenitores los que de nuevo controlen, gestionen y protagonicen de forma funcional y adecuada al interés del hijo el modelo de relación familiar existente.

La designación del coordinador parental corresponde a los Servicios Sociales o bien se señala en la correspondiente resolución judicial

En cuanto a **su designación**, el coordinador parental, en ocasiones, y como se ha visto, se designa por los Servicios Sociales, cuando este recurso ya está interviniendo en los núcleos familiares. En otras, se acuerda en la resolución judicial que sea designado de entre los técnicos del Servicio de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia (SATAF). En ambos casos, la existencia de una intervención anterior, bien previa a la ruptura, bien durante el enjuiciamiento del proceso, justifica su designación de entre los profesionales integrados en los citados recursos.

De no existir intervención previa, el coordinador de parentalidad se designa



nará y será nombrado de entre los profesionales del Servicio de Mediación, especificando la resolución que acuerda su intervención, siempre que ello sea posible, la concreta capacitación que le es requerida. En estos casos, el coste del servicio se asimilará al régimen existente para los mediadores.

Cabe también la posibilidad de que sea designado un especialista por consenso de los progenitores, en cuyo caso sus honorarios deberán ser sufragados por ambas partes, pues su intervención en calidad de experto en gestionar las emociones del conflicto familiar se considera **intervención pericial** —DA 6.ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro II del Código Civil de Catalunya.

El cómo deba articularse esa intervención complementaria, la forma de afrontar su coste económico y cuál es su concreto encaje en el sistema procesal existente es una cuestión sobre la que puede y debe necesariamente abrirse **debate**, pero que no puede empañar la necesidad o utilidad de su función como un instrumento válido más que puede contribuir a la mejora del sistema de Justicia en beneficio de los ciudadanos.

3. Bibliografía. Análisis de las sentencias dictadas y criterios para su designación

A) Bibliografía

Dominique D'ABATE, *Coordinación y supervisión parental: Un servicio para la*

resolución alternativa de disputas entre padres divorciados con alto riesgo de conflictividad, 2012.

Ana CANTURIENSE, *Intervención del coordinador de parentalidad en la normalización de las relaciones familiares*, Ed. Sepín, Madrid, 2014.

Elena LAUROBA LACASA, *Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores*, Ed. Sepín, Madrid, 2013.

Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «La coordinación de parentalitat», en *Món Jurídic*, n.º 284, Febr. 2014, págs. 34-35.

— «La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial. Comentario a los artículos 233-13 y 236-3 CC Catalunya», en *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, n.º 107, 2014, págs. 20-26.

B) Tabla de sentencias citadas

— Jurisprudencia del TEDH

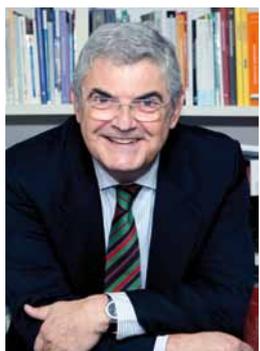
- Sentencia de 22 de junio de 2006, Bianchi vs. Suiza.
- Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Mincheva vs. Bulgaria.
- Sentencia de 29 de enero de 2013, Lombardo vs. Italia.
- Sentencia de 24 de marzo de 1998, Olsson vs. Suecia.

— Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona

- SAP Barcelona de 25 de febrero de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 29 de abril de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 18 de noviembre de 2013 (Sección 12.ª). Ponente: Bayo Delgado.
- SAP Barcelona de 17 de febrero de 2014 (Sección 18.ª). Ponente: Pérez Tormo.
- SAP Barcelona de 7 de mayo de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 26 de julio de 2013 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 19 de febrero de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 18 de marzo de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.
- SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Sambola Cabrer.
- SAP Barcelona de 15 de enero de 2014 (Sección 12.ª). Ponente: Ortuño Muñoz.

Devoluciones en caliente y la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana

¿Medida sancionadora inconstitucional en España?



Eduard Sagarra Trias

Abogado

Profesor de Derecho Internacional, nacionalidad y extranjería en ESADE (URL)

Presidente de la Asociación para las Naciones Unidas en España

I. INTRODUCCIÓN: ARGUMENTO Y CANTO DE LA OBRA

1. Antecedentes

Durante 2013 y 2014, los ciudadanos europeos —y, en especial, los que vivimos en la ribera norte del Mediterráneo— hemos aprendido la geografía del *Mare Nostrum* a través de los dramas humanos provocados por quienes, huyendo de la guerra, del hambre, de los fanatismos religiosos y de las dictaduras, han intentado alcanzar la «tierra prometida» que es para ellos Europa. La Europa de la libertad, del Derecho, de la Justicia, de la igualdad, de la tolerancia, pero también de la Champions League, cuyos partidos televisados siguen enfervorizados a diario desde Siria, Somalia, Eritrea, Irak, Mali, Argelia, Afganistán o en medio del desierto del Sáhara o del Sahel a través de una

antena parabólica alimentada con baterías de coche.

Los telespectadores, aunque parezca grotesco, en la media parte de estos eventos deportivos, ven atónitos y con envidia los anuncios del primer mundo, donde se ofrecen neveras llenas de alimentos, niños sanos, electrodomésticos de última generación, automóviles nuevos a estrenar y grifos donde el agua parece que no se acaba nunca. La mayoría de aquellos ciudadanos pretenden, para ellos y para sus hijos, un mundo al menos igual al nuestro. Ello les incita a dirigirse hacia Europa, por muy difícil o peligroso que les resulte, dado que, para ellos, al igual que para nosotros, es un espacio de libertad, de Justicia, basado en un ordenamiento jurídico eficaz y en la separación de poderes.

Espacio político y territorial de veintiocho Estados que se basa y está presidido por unos valores y principios —que a mí me gusta llamar **valores o principios convivenciales**—, y cuya hoja de ruta la constituye un ordenamiento jurídico que conocemos como Tratado de la Unión Europea, en cuyo Preámbulo se afirma categóricamente:

Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho⁽¹⁾.

Los puntos de llegada de dichos colectivos —transportados por verdaderos traficantes de seres humanos— son costas, pueblos y ciudades desconocidos para muchos



ciudadanos europeos. Sus nombres los asociamos a verdaderos dramas que han ido tejiendo un vasto y desgraciado panorama de muertes y vicisitudes humanas que nos tendrían que avergonzar como europeos, antes y, sobre todo, después de la visita del Papa Francisco a Lampedusa. Entonces, a finales de 2014, el desastre y hundimiento de un barco cargado de inmigrantes, que murieron en el mar, fue noticia de primera página y portada de telediarios. Hoy, y aunque fueron cuatrocientos los ahogados —entre ellos, niños y mujeres—, son una simple noticia o pequeña gacetilla en la crónica de sucesos, inadvertida para muchos lectores⁽²⁾.

Es lícito que nos interroguemos si tenemos, individual o colectivamente como europeos, alguna culpa o responsabilidad, o bien si la tiene Europa. Pero lo que seguro no podremos contestar es la pregunta de qué culpa tienen estos seres humanos de querer, simplemente, mantener e intentar salvar lo único que tienen por ahora: **la vida**. La libertad y la dignidad como seres humanos las desconocen o hace mucho tiempo que han tenido que renunciar a ellas.

La dignidad es la piedra angular de las democracias formales de los veintiocho Estados Miembros que integran la Unión Europea y es la espina dorsal de la propia organización supranacional. La dignidad de la persona no es solo en sí misma un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales:

Art. 1. Dignidad humana — La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida⁽³⁾.

Lampedusa, Malta, Ceuta, Melilla, Calabria, Messina, Grecia, Algeciras, Fuerteventura y un largo etcétera son puntos geográficos de llegada, por tierra, mar o a nado, de una inmigración irregular y de un colectivo de africanos y asiáticos, ya sean refugiados, desplazados o peticionarios de asilo. Un colectivo —cada día más numeroso— que pretende alcanzar «**ilegalmente**» las costas del Mediterráneo europeo con la intención de desplazarse posteriormente por el resto de los Estados Miembros de la Unión o bien solicitar, en el punto de llegada, la condición de refugiado o asilado.

2. Ordenamiento jurídico vigente en España: régimen sancionador de extranjería y política de alejamiento en fronteras

Frente a estos hechos, en el momento de redactar este artículo, se halla en pleno debate parlamentario el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, aprobado por el Congreso de los Diputados de España⁽⁴⁾ y pendiente de su aprobación definitiva por el Senado. En el mismo figura la disposición adicional décima —añadida en el último tramo parlamentario por el Grupo del Partido Popular—, que reza textualmente⁽⁵⁾:

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla intentando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta serán rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

La creación de esta nueva figura será la enésima modificación de la vigente Ley Orgánica de Extranjería 4/2000⁽⁶⁾, cuya delimitación es calificada por todos los partidos de la oposición, organizaciones defensoras de derechos humanos españolas e internacionales, obispos de la Iglesia católica española y organismos internacionales como **devoluciones en caliente**, y que, a su entender, son contrarias a la legislación constitucional e internacional vigente en España en 2015.

3. Carácter administrativo de la legislación y del régimen sancionador en materia de extranjería

Hemos repetido hasta la saciedad⁽⁷⁾ que los actos contrarios a la ley que fija la regulación de entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros en España, de la inmigración y del control de los flujos migratorios hacia España, salvo que estén tipificados como delitos o faltas por la legislación penal, **son ilícitos administrativos, nunca ilícitos penales ab initio**.

Por ello, los extranjeros que se hallen en territorio español sin tener los necesarios permisos de estancia, permanencia, residencia o trabajo son «**extranjeros irregulares**», nunca «**ilegales**». Su entrada en

el territorio español puede ser, ciertamente, «un acto **ilegal**», pero pasarán de tener aquella consideración a ser «**extranjeros ilegales**» una vez en España o traspasadas sus fronteras. Calificarlos como tales criminaliza su conducta, cuando, en realidad, solo han cometido —por muy grave que sea o nos parezca— un ilícito administrativo, no un ilícito penal.

La nueva figura que introduce la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana pretende legalizar una política de hechos consumados que se denomina vulgarmente **devoluciones en caliente**. Esta práctica es llevada a cabo desde hace unos meses en la frontera con Marruecos y en la propia Ceuta y Melilla. Su inclusión en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana tiene la pretensión de convertir aquella ilegal práctica administrativa y policial en una norma sancionadora, pues faculta a la autoridad civil y a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sin ninguna comprobación individual, interrogatorio o expediente administrativo, para proceder a la expulsión inmediata al Reino de Marruecos. El Juez no tendrá ninguna intervención en esta vía de **devolución en caliente**.

Es lícito que nos interroguemos si tenemos, individual o colectivamente como europeos, alguna culpa o responsabilidad, o bien si la tiene Europa. Lo que seguro no podremos contestar es la pregunta de qué culpa tienen estos seres humanos de querer, simplemente, mantener e intentar salvar lo único que tienen por ahora: la vida

La futura norma pretende convertir lo que es —según la Ley de Extranjería— un «**ilícito administrativo**» en un atípico y cuasi «**ilícito penal**», pero sin respetar las libertades y garantías que prevé el régimen sancionador penal, el administrativo, la Constitución y, en especial, los acuerdos internacionales vigentes en España, como el Convenio de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados. Dicha legislación obliga, inexcusablemente, a las autoridades administrativas y al Gobierno español, a las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como a todos los Jueces y Tribunales, de producir-



se cualquier detención, limitación o privación de libertad. Es independiente el lugar donde se produzca la detención y con total independencia que el detenido, arrestado o privado de libertad deambulatoria sea español o extranjero.

La actuación administrativa o judicial estará siempre sometida al principio de legalidad y a las normas vigentes, con total independencia de la sanción aplicable al transgresor. Es decir, en el ámbito del Derecho de Extranjería, cuando fuere una actuación por haber cruzado ilegalmente la frontera, que afecte a un extranjero, ciudadano de la Unión, inmigrante irregular, apátrida o refugiado, sea cual sea la sanción aplicable.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/2000, de 31 de enero, declaraba que:

Este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería por imperativo de la 25.1 (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión⁽⁸⁾.

4. Finalidad del presente trabajo

El presente estudio, ante las múltiples declaraciones, posicionamientos, afirmaciones políticas, enmiendas en sede parlamentaria y, en general, reacciones contrarias a esta nueva figura sancionadora, hasta hoy desconocida y no regulada en nuestro ordenamiento de extranjería, tiene por finalidad clarificar —en la medida que sea posible— conceptos al uso o legalmente previstos, como *devolución en caliente*, *expulsión del territorio*, *alejamiento*, *rechazo en frontera*, *devolución*, *prohibición de entrada*, *salida obligatoria* o *expulsión del territorio Schengen*, los cuales están referidos a situaciones y a estatus en la Ley de Extranjería a la entrada, permanencia, residencia, trabajo y salida —voluntaria u obligatoria— de los no nacionales en territorio español. Un régimen que afecta con conductas y sanciones a quienes tengan o no la documentación

—papeles— legal y administrativamente prevista por la ley para poder entrar, permanecer, residir y, en su caso, trabajar en territorio español.

Igualmente, y muy someramente, distinguiremos situaciones o estatus en la sanción a los extranjeros que, aun siendo parecidos, como la expulsión o el alejamiento en frontera, no son iguales. Se distinguirán por su fuente material o formal y, en especial, por su ámbito o forma de aplicación, así como por obedecer a políticas del Estado muy distintas. No es lo mismo la política de seguridad, la política de extranjería o la de control de la inmigración que la política de asilo, refugio o garantía a los desplazados de sus derechos como personas.

Unas obedecen a una política de seguridad y control de las fronteras exteriores de España y de la Unión Europea; otras, al control del mercado de trabajo y a evitar la explotación de los inmigrantes por redes ilegales de traficantes de personas, y las terceras se basan en la obligación contraída por España en la protección y defensa de los derechos amparados por el Derecho Internacional de los derechos humanos y la protección del estatus de **extranjeros desprotegidos**: «apátridas», «refugiados», «asilados» o «desplazados».

El objeto de nuestro estudio consistirá en definir dichos conceptos a la luz de la legislación vigente, que sirvan —a modo de vocabulario o prontuario— para clarificar a la ciudadanía «**el objeto y fin**» de las normas contenidas en la Ley de Extranjería —LODYLE— o en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que pretende modificarla introduciendo una disposición adicional décima. Un análisis e intento pedagógico basado en todo momento en el respeto al Derecho Internacional de los derechos humanos, por ser uno de los mayores logros de toda la humanidad desde mediados del siglo XX hasta día de hoy, en un mundo globalizado, y cuyo contenido material ha quedado asumido, tipificado y garantizado en los ordenamientos internos e internacionales.

Son valores y normas a preservar a toda costa en España, entendida como:

Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la Justicia, la igualdad y el pluralismo político (Art. 1 CE 1978).

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO SANCIONADOR DE EXTRANJERÍA: EL ALEJAMIENTO EN FRONTERAS Y LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

1. Derecho Sancionador de Extranjería

La legislación española y el Derecho Comparado que regula la extranjería, la inmigración, el asilo y el refugio en sus múltiples facetas nos demuestran que la actividad administrativa en el entorno de la condición jurídica de los no nacionales es cada vez más intensa, detallada, y que conforma una rama específica del ordenamiento jurídico. Particularmente en este ámbito jurídico es donde se conjugan y concurren distintos criterios y fuentes legales, que proceden o tienen un origen interno, internacional o comunitario. La globalización en el régimen de infracciones y sanciones de extranjería es un hecho también incontrovertible⁽⁹⁾.

El Profesor José Carlos Fernández Rozas ROZAS calificaba de *Derecho Sancionador de Extranjería*⁽¹⁰⁾ aquella materia que engloba el conjunto de actos administrativos reguladores de las infracciones y sanciones en el ámbito general de la extranjería. La legislación sobre extranjería —reiteramos— no deja de ser una normativa administrativa que regula la entrada, residencia, trabajo, salida, expulsión, integración y derechos de los extranjeros en España. Por tanto, se halla sometida —como toda la actividad de las Administraciones Públicas— a los mismos principios —en especial, cuando se trata de ejercitar la potestad sancionadora— que la Constitución le confiere y que tutelan, además de su delimitación, su ejecución. Esta potestad sancionadora (art. 50 LODYLE) se ajustará a lo prevenido en la propia Ley y, evidentemente, al régimen general de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común⁽¹¹⁾, así como a aquellas otras disposiciones que la desarrollan. Todos ellos tienen como fundamento los principios de legalidad, respeto a la jerarquía normativa, proporcionalidad, tipicidad, irretroactividad, presunción de inocencia, etc.

El Derecho Sancionador de Extranjería presenta una serie de notas comunes que, partiendo del postulado general establecido en el art. 20 LODYLE, redacción de la Ley Orgánica 8/2000, reconocen —por manda-



to constitucional— a cualquier extranjero el derecho a la tutela judicial efectiva. El mismo se ve completado por el art. 21 de la propia Ley, en el que se establece que los actos y las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles de acuerdo con las leyes, y por el art. 22, sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Dichas normas se fundan en los postulados, principios y derechos contenidos en los arts. 9 y 24 de la Carta Magna, referidos a la potestad sancionadora de la Administración.

En cualquier caso, obviamente, la potestad sancionadora de la Administración y sus actos están subordinados al control jurisdiccional y a la amplitud que, en materia de potestad sancionadora, ha delimitado el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 24 CE.

2. *Derecho Sancionador de Extranjería y Derecho Sancionador a los Extranjeros en España en su territorio*

Al abordar el Derecho Sancionador de Extranjería, cabe distinguir, según nuestro ordenamiento jurídico, dos ámbitos subjetivos y objetivos distintos:

- **Régimen sancionador administrativo por actos ilícitos administrativos** que se contienen en aquellas normas sobre extranjería que afectan tanto a nacionales como a extranjeros y que alcanzan tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Las sanciones pueden ser de distinta naturaleza: multas, medidas cautelares, expulsión administrativa, internamiento, devolución, retorno, prohibición de entrada o por actos contrarios a la legislación laboral.
- **Régimen sancionador penal por comisión de un acto ilícito penal** que afecta a los extranjeros como destinatarios exclusivos de la sanción (expulsión o internamiento) o de normas que tienen al extranjero (individualmente o como colectivo) como elemento agravante o definidor del tipo penal. Por su amplitud, no serán abordados en este trabajo.

En ocasiones se hace difícil discernir cuál podría ser un elemento diferenciador —penal, civil, administrativo o social— de los distintos regímenes concurrentes. Así, por ejemplo, la intervención del Juez puede

aparecer, necesariamente, en las postrimerías de cualquier expediente de expulsión, devolución, rechazo o retorno, e incluso de no admisión. Es la autoridad judicial quien decreta el internamiento, en determinados supuestos previos a la expulsión decretada, mientras que, en otros, su intervención es incuestionable, como en la tramitación del procedimiento de hábeas corpus⁽¹²⁾.

La legislación sobre extranjería es una normativa administrativa que regula la entrada, residencia, trabajo, salida, expulsión, integración y derechos de los extranjeros en España. Por tanto, está sometida, como toda actividad de la Administración, a los mismos principios que la Constitución confiere y que tutelan, además de su delimitación, su ejecución

Lo cierto es que la complejidad y la proliferación de los regímenes de extranjería, la participación cada vez más activa de redes organizadas e ilegales de introducción, transporte, explotación y trabajo de extranjeros, junto con la posibilidad de actos discriminatorios por parte de la Administración y la actuación de los empleadores-empresarios, plantean un verdadero mosaico de infracciones de distinta naturaleza y alcance, es decir, las sanciones que se derivan de tales actos y prácticas ilegales.

En España, la filosofía que rige en la regulación de las infracciones y las sanciones en el régimen de extranjería e inmigración será la de controlar adecuadamente la entrada, residencia y trabajo de los inmigrantes —salvaguardando su regularidad, la seguridad pública y el mercado de trabajo—, e incrementar la presión policial sobre las organizaciones y mafias que explotan el tráfico, la entrada ilegal y la explotación en territorio español de extranjeros irregulares.

En cualquier caso, España debe seguir los postulados y las obligaciones que le exigen el Tratado de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y otros tratados internacionales o actos normativos emanados de la Unión Europea relacionados con la prohibición de entrada en el espacio de Schengen⁽¹³⁾ y con la identificación de los ya expulsados o de quienes están en la lista de personas buscadas.

Listas de individuos no admisibles y políticas de prevención de ataques terroristas que, en el mes de enero de 2015, tras los atentados de París y Bruselas, y junto con manifestaciones xenófobas y declaraciones de los partidos de extrema derecha europeos, están en plena efervescencia. Estas manifestaciones públicas abogan por cerrar las fronteras exteriores, así como, en muchos casos, las fronteras interiores de la Unión, limitando el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y en la Unión.

- **Medidas de alejamiento del territorio español o de sus fronteras:** se trata de





medidas que adopta el Gobierno de España, a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, basadas en políticas de seguridad y orden público, en general, política de extranjería y hacia la entrada de extranjeros, refugio y asilo, en particular. A estas medidas legalmente tipificadas, ahora se les pretende añadir, por vía del proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, la figura calificada como **devoluciones en caliente**, que tiene carácter híbrido, entre sancionador y de alejamiento de frontera. En puridad conceptual, algunos supuestos de devolución, prohibición de entrada y retorno, si bien tienen como consecuencia que el extranjero no pueda permanecer en el territorio español, no suponen o pueden subsumirse dentro del régimen sancionador o de faltas leves, graves o muy graves de la Ley de Extranjería. Lo que es incuestionable es que aquellas medidas de alejamiento solo afectan a los extranjeros y nunca a los españoles.

Las devoluciones en caliente son las que afectan directamente y vulneran en su práctica la legislación vigente en materia de tramitación de las peticiones de asilo o refugio sin la tramitación del expediente administrativo previsto legalmente, ni asistidos de Letrado ni de intérprete, si lo necesitaran

Será a la luz de este ámbito normativo en el régimen general de trato a la extranjería donde —si se cumplieran adecuadamente la Constitución y los tratados sobre asilo y refugio— podrían incardinarse las denominadas **devoluciones en caliente** que pretende tipificar en ley la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, en curso de aprobación por las Cortes. Un supuesto que hoy por hoy negamos.

— **Devoluciones en caliente:** las llamadas *devoluciones en caliente* son una extraña y nueva figura legal que no se contempla en la legislación de extranjería vigente y cuya práctica diaria se realiza al pie de las vallas —en el lado español— o bien en las fronteras de Ceuta y Melilla con Marruecos.

Un colectivo de juristas de reconocido prestigio y expertos en la materia —catedráticos, profesores de universidad y abogados— redactó un interesante y detallado informe⁽¹⁴⁾ con anterioridad a la formulación, por el Grupo del Partido Popular en el Congreso, de la disposición adicional décima de aquella Ley de Seguridad Ciudadana. En dicho informe, de lectura obligada para cualquier persona interesada, calificaban aquella atípica e híbrida figura jurídica de *mala praxis* o *acción política*, diciendo:

Se está conceptualizando por devoluciones o «expulsiones en caliente» la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquí por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas.

Por tanto, la expresión «expulsiones en caliente» es aplicable tanto si estas prácticas recaen sobre personas interceptadas saltando las vallas fronterizas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos como si han accedido a estas ciudades por mar o si han alcanzado alguna de las islas de soberanía española situadas frente a las costas de Marruecos, por hacer referencia a los supuestos en los que existe constancia de tales prácticas. También se han acreditado casos de «expulsiones en caliente» de personas que de forma indubitada se hallaban dentro de la ciudad. A estas expulsiones también les son aplicables las conclusiones de este informe, en cuanto se verifican prescindiendo de todo cauce legal.

Partiremos en el presente estudio y haremos nuestra esta aproximación conceptual, pues nos parece muy bien delimitada, sin perjuicio de que podamos concretar la licitud o ilicitud de estas prácticas y del proyecto de ley que pretende legalizarlas en el ordenamiento español y, en especial, su adecuación a los derechos y las libertades que garantizan y proclaman para todos —incluidos los no nacionales— la Constitución y los tratados internacionales.

III. SALIDA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: LIBERTAD DE SALIDA

El principio general que rige en nuestro ordenamiento es el de la libertad de cualquier persona —nacional o extranjera— a salir del país (art. 28 LODYLE), como expresión de lo que proclama el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁽¹⁵⁾.

Cabe, sin embargo, distinguir varios estatus entre los no nacionales que condicionan su entrada, permanencia, residencia, salida voluntaria, forzada o expulsión, y que se derivan —como señalábamos— de fuentes legales y principios inspiradores distintos en el orden interno, internacional y de la Unión Europea:

— **Extranjeros o no nacionales genéricos⁽¹⁶⁾:** extranjeros, viajeros, transeúntes, turistas, residentes, inmigrantes, directivos y emprendedores⁽¹⁷⁾, etc. La delimitación entre extranjeros y españoles se realiza a partir del art. 11 CE y a través del Código Civil (arts. 17 a 26), así como los tratados internacionales que regulan la doble nacionalidad nacen de una fuente interna e internacional en lo relativo a los tratados.

— **Ciudadanos de la Unión y ciudadanos en la Unión:** los nacionales de los veintiocho Estados Miembros de la Unión Europea, en virtud de los tratados constitutivos, gozan del derecho a la libre circulación en el espacio interior sin fronteras, ya que tienen la condición superpuesta a su nacionalidad de **ciudadanos de la Unión**. Igualmente, los nacionales de terceros países con residencia y permisos de larga duración pueden gozar de libre circulación en el ámbito de la Unión, en virtud del principio o libertad comunitaria a la libre circulación de trabajadores, prestadores de servicios y profesionales. Me gusta calificarlos por su posición geográfica y no por su nacionalidad como *ciudadanos en la Unión*⁽¹⁸⁾, concepto omnicomprensivo de ciudadanos y residentes, es decir, la población en el espacio territorial de la Unión. Es una categoría de «*ciudadanía privilegiada en España*». **Su fuente es inicialmente comunitaria⁽¹⁹⁾.**

— **Apátridas, asilados, refugiados y desplazados:** es un «*estatus desfavorable*» y, por ello, tienen una especial



protección por parte del ordenamiento español, el europeo⁽²⁰⁾ y el internacional. Sus fuentes se fundan en el Derecho Internacional de los derechos humanos y en los tratados que los desarrollan, en concreto, en el Convenio de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el Protocolo de Nueva York de 1967⁽²¹⁾. Igualmente, en España, se acogen a la legislación especial de asilo⁽²²⁾, apátrida⁽²³⁾ y al Reglamento sobre Régimen de Protección Temporal⁽²⁴⁾, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. En cuanto a su movilidad, si desean ausentarse y viajar al extranjero, deberán estar provistos de «un título de viaje». Igual título que se otorgara a los refugiados reconocidos por España en virtud de los tratados internacionales.

Las devoluciones en caliente son las que afectan directamente y vulneran en su práctica la legislación vigente en materia de tramitación de las peticiones de asilo o refugio sin la tramitación del expediente administrativo previsto legalmente, ni asistidos de Letrado ni de intérprete, si lo necesitaran.

IV. FORMAS DE SALIDA OBLIGATORIA DEL EXTRANJERO Y DE ALEJAMIENTO DE ESPAÑA

1. Salida del territorio

Ya hemos indicado que no es lo mismo el régimen sancionador de extranjería que la sanción a los extranjeros por cualquier vulneración de dichas normas, cuya expresión más grave es la expulsión del extranjero del territorio español. El Gobierno y los cuerpos de seguridad españoles pueden llevar a cabo la expulsión, pero siempre ateniéndose a los procedimientos y garantías establecidos en la ley, y también, en según qué supuestos, podrán adoptar las medidas de seguridad que supongan el alejamiento del extranjero en frontera, impidiendo su entrada a territorio español o procediendo a su devolución, en caso de entrada ilegal. Estas medidas de alejamiento no son propiamente sancionadoras y no causan la prohibición de futuras entradas al territorio de Schengen, como es el caso de las sanciones de expulsión o devolución.

Por ello, nuestro empeño será distinguir las denominadas **devoluciones en caliente** de otras figuras —estas sí, autorizadas por las leyes— cuya actividad administrativa

prevista en materia de extranjería y trato a los extranjeros se conoce con distintas denominaciones o figuras no necesariamente sancionadoras: salida obligatoria, retorno, devolución, prohibición de entrada o rechazo en frontera.

Las figuras que integran lo que denominaremos *alejamiento de fronteras* pueden ser consecuencia del extranjero que intente entrar ilegalmente en España sin la documentación necesaria o por lugares fronterizos no habilitados. También permiten la ley y los convenios internacionales a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y a la Administración prohibir o limitar la entrada a los no nacionales que intenten entrar en España ilegalmente por haber sido previamente expulsados, devueltos, retornados o estar cumpliendo, además, la prohibición de entrada de tres hasta cinco años en todo el espacio de Schengen, la cual, excepcionalmente (art. 58.2 LODYLE), puede llegar a los diez años.

Precisamente en virtud de cuanto hemos dicho, las llamadas *devoluciones en caliente*, en la forma en que se practican, no tienen cabida en ninguna de las medidas de alejamiento, vulnerando la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento —RLODYLE—, y la Ley de Asilo y Protección Subsidiaria —Ley 12/2009.

Adelantemos en este estadio que las devoluciones en caliente, como se están practicando y como prevé hacerlo la disposición adicional décima del proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, son y serán contrarias a las leyes si no se identifica a quienes quieren entrar ilegalmente, instruyéndoles el correspondiente expediente y comprobando que no son solicitantes de asilo o refugio, en cuyo supuesto se instruirá individualmente un expediente administrativo para su verificación, con las garantías de asistencia letrada y traductor, si fuere necesario⁽²⁵⁾.

Pero en estos convulsos momentos de ataques terroristas acaecidos en el mes de enero de 2015 en países de la Unión —Francia y Bélgica—, cometidos no por extranjeros, sino por ciudadanos de la Unión, pero adiestrados y armados en el extranjero, tiene mayor riesgo su no identificación y la simple devolución en

caliente. Es obligación y responsabilidad del Estado cerciorarse que quien pretenda entrar, aunque sea ilegalmente, no está fichado o buscado internacionalmente por su condición de presunto terrorista, aunque sea francés, belga o alemán. La Unión Europea podría pedir responsabilidades a España por incurrir en culpa in vigilando.

2. Figuras que suponen la salida, no admisión o alejamiento del territorio español

En la legislación de extranjería se distinguen varios supuestos:

1. SALIDA OBLIGATORIA. La salida del territorio nacional de un extranjero no es —evidentemente ni necesariamente— una sanción ni la consecuencia obligada de la comisión de un ilícito penal o administrativo del individuo extranjero. Sin embargo, la situamos en este punto de nuestra exposición para poder establecer las diferencias entre la salida voluntaria y la salida obligatoria del territorio español, e igualmente para ver en qué se diferencia con la expulsión penal o administrativa.

Utilizando unos términos didácticos y fáciles de entender, podría decirse que los extranjeros pueden ausentarse o salir del territorio nacional voluntariamente, necesariamente o por fuerza —**expulsión**. En este caso, la expulsión podrá ser decidida por la autoridad administrativa, en los supuestos de comisión de un ilícito administrativo que la faculte, o bien por decisión judicial, tras un proceso ante la jurisdicción penal y, por tanto, fundada en la comisión por el extranjero de un ilícito penal, como ya hemos señalado.

Cabe destacar que, en el supuesto en que se acordara la salida obligatoria, si este extranjero se ausentara voluntariamente de España, no incurriría en la pena accesoria de prohibición de entrada futura ni en España, ni en la Unión o espacio de Schengen.

Deberá contenerse en la resolución administrativa dictada, concediendo un plazo máximo de quince días desde que se notifica la resolución, que puede prorrogarse hasta noventa días, si se cuenta con medios de vida suficientes.

Una importante excepción: no es aplicable a solicitantes de asilo con denegación



o inadmisión de solicitud. Es cuando no corresponde a España su examen en virtud de las normas adoptadas en el seno de la Unión⁽²⁶⁾.

El extranjero que se halle en territorio español y carezca de la debida autorización para residir o permanecer comete una infracción administrativa muy grave que, tras la tramitación de un expediente administrativo sancionador, puede conllevar la sanción de expulsión del territorio nacional

2. EXPULSIÓN. El art. 57 LODYLE prevé, dentro del régimen sancionador en materia de extranjería, la posibilidad de llevarse a cabo la expulsión del territorio español de los extranjeros en determinadas circunstancias. Concretamente, el art. 53.1.a) LODYLE establece como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización para la estancia o residencia en España. El art. 57.1 LODYLE dispone que, en relación con un extranjero:

Podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

Por tanto, el extranjero que se halle en territorio español y carezca de la debida autorización para residir o permanecer comete una infracción administrativa muy grave que, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo sancionador, puede conllevar la sanción de expulsión del territorio nacional, en la que también interviene el Poder Judicial, si fuere necesario y tuviera que llevarse a cabo coactivamente o por la fuerza.

Requisitos:

- a) Hallarse irregularmente en territorio español, inicialmente o de forma sobrevenida.
- b) Sanción a consecuencia de una falta tipificada como muy grave.
- c) No acatar la resolución de salida obligatoria.
- d) Acordarse en un expediente gubernativo de expulsión, con todas las garantías jurisdiccionales, tutela jurídica y recursos.
- e) Pena accesoria de prohibición de entrada en el espacio de Schengen.

3. DENEGACIÓN DE ENTRADA Y RETORNO. Hace referencia a la denegación o limitación de la entrada de un extranjero en los puestos fronterizos habilitados cuando no se cumplan los requisitos y documentos establecidos por la legislación de extranjería (arts. 26.2 LODYLE y 15 RLODYLE).

Requisitos administrativos relativos a la denegación de entrada y retorno:

- a) Resolución motivada de la autoridad policial.
- b) Recursos que puede interponer contra la misma incluso en consulados españoles.
- c) Derecho a asistencia letrada gratuita, según los casos, e intérprete.
- d) Ejecución inmediata en el plazo de setenta y dos horas.
- e) Posibilidad de internamiento decretada por el Juez de Instrucción.
- f) Gastos de mantenimiento y ejecución del retorno a cargo del transportista.

4. DEVOLUCIÓN. Es aquel supuesto en que se procede a la devolución del extranjero sin necesidad de expediente de expulsión, a quienes pretendan entrar ilegalmente —arts. 58.3.b) LODYLE y 23,1.b) RLODYLE— o sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones. Procede la devolución por incumplimiento de una prohibición de entrada acordada en un expediente de expulsión.

Requisitos para proceder a la devolución:

- a) Identificación del extranjero en la comisaría de policía.
- b) Decisión administrativa mediante resolución del Subdelegado del Gobierno y con las garantías jurídicas de asistencia jurídica e intérprete, si no entiende una de las lenguas oficiales.
- c) Procede el internamiento si la devolución no se ejecuta en el plazo de setenta y dos horas.
- d) Suspensión de la ejecución de la devolución:
 - i) Mujeres embarazadas.
 - ii) Formalización de solicitud de asilo, hasta que se resuelva sobre su admisión o inadmisión. Su admisión va aparejada a una autorización de entrada y permanencia provisional.
- e) No es admisible la devolución o expulsión por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad mediante vías de hecho, como sucede en la llamada **devolución en caliente**.





5. PROHIBICIÓN DE ENTRADA. Se impide la entrada a quienes han sido previamente expulsados o devueltos y tienen prohibición de entrada en el territorio español o en el espacio de Schengen por un periodo, en general, no superior a los cinco años — en casos de seguridad nacional, hasta diez años. Si se transgrede dicha prohibición, el cómputo empieza a contar de nuevo.

6. DEVOLUCIÓN EN CALIENTE. Ya ha sido abordada en anteriores apartados de este trabajo.

Características de la nueva figura:

- a) No está prevista ni se adecúa a la Ley de Extranjería, ni a la Ley de Asilo y Protección Subsidiaria —Ley 12/2009, de 30 de octubre—, ni a los tratados internacionales vigentes en España sobre derechos humanos, que garantizan y prohíben el *non refoulement* o devolución indiscriminada a los peticionarios de asilo.
- b) Es una vía de hechos consumados.
- c) No se instruye expediente ni resolución administrativa y es llevada a cabo sin asistencia jurídica, ni traductor, ni —evidentemente— la posibilidad de interponer recursos.
- d) Se pretende legalizar y tipificar a través de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

V. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE SON CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y A LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ASILO, REFUGIO Y AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VIGOR

La creación *ex novo* de la figura sancionadora de las denominadas **devoluciones en caliente**, que pretenden dar cabida legal a una práctica administrativa ilegal, figura en el proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana —disposición adicional décima— en su actual formulación y reiteramos que es contraria a la Constitución, las leyes orgánicas de extranjería, la Ley de Asilo y los tratados internacionales.

Ciertamente, ni la Constitución de 1978 ni los convenios y tratados ratificados por España autorizan a limitar o a restringir los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquier persona, sea nacional o extranjera, regular o irregular, sin una cobertura legal ni a través de una norma de rango jerárquico adecuado.

1. Vulneración del principio de jerarquía normativa: arts. 9.3, 96.1 y 96.2 CE

Los tratados internacionales están en la cúspide jerárquica de nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de los arts. 96.1 y 96.2 CE, así como del art. 1.5 CC. Los tratados, una vez en vigor, tienen la consideración de **normas jerárquicas de rango «supra legales» pero «infra constitucionales»**. Debemos insistir que la Constitución nos marca un límite, y es el de que ninguna ley, ni aunque fuere orgánica, podrá transgredir el mandato o norma garantizados en un tratado, pues resultaría contrario al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y, asimismo y en determinados supuestos —como la presente limitación al derecho a solicitar asilo—, podría vulnerar el art. 53.1 CE, pues podría llegar a desvirtuar el «*contenido esencial*» de aquella figura.

Partiendo del principio de **equiparación restringida** que el art. 13.1 CE otorga a los extranjeros en la titularidad y goce de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como la previsión constitucional contenida en el art. 13.4 CE para que una ley garantice a los ciudadanos de otros países y apátridas a solicitar y gozar del derecho de asilo en España, es en este punto donde la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana puede conculcar ambas normas constitucionales de forma directa, pues:

- Limita el ejercicio de solicitud del derecho de asilo a los extranjeros previsto en la propia Constitución y a tramitar los requisitos procedimentales previstos en su ley orgánica reguladora (LODYLE).
- Impide, por la vía de hecho, a los ciudadanos de otros países que quieran solicitar asilo en frontera, cuando el mismo está permitido y garantizado por la Ley de Asilo española y por los tratados internacionales. En España, se tiene derecho a solicitar asilo, aunque no a obtenerlo, pues no es un derecho

fundamental, como quedó configurado finalmente en el art. 13.4 CE.

Son múltiples las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que han declarado la supremacía jerárquica de los tratados. Especialmente, para defender nuestro razonamiento, nos parece adecuado el informe emitido por el Consejo de Estado al anteproyecto de la Ley Orgánica de Extranjería, modificativa de la LODYLE 4/2000 y que resultó finalmente en la Ley Orgánica 8/2000. En el mismo, se pronunció sobre la incidencia del Derecho Internacional en el Derecho interno, señalando:

Las normas de Derecho Internacional gozan en España de una especial fuerza o resistencia pasiva. Ello quiere decir que la parte dogmática de la Constitución, aplicable a los extranjeros en virtud del art. 13.1 CE, no agota sus derechos, puesto que estos pueden provenir, por hipótesis, directamente de los tratados, y que la norma proyectada que se consulta [hacia referencia al anteproyecto de la Ley 8/2000, como la hoy vigente 4/2000] es complementaria e instrumental, en su caso, de la normativa internacional, pero no sustitutiva de la misma⁽²⁷⁾.

Difícilmente se puede expresar con mayor claridad y resulta absolutamente aplicable a la limitación del derecho a solicitar asilo en frontera, el cual no solo está amparado en el ordenamiento interno, sino también en la normativa internacional en vigor, obligatoria para España.

2. Vulneración de los arts. 13.1 y 13.4, así como del art. 53.1 CE

El art. 13.1 CE reconoce a los extranjeros la titularidad de los derechos y libertades fundamentales, pero, en cuanto a su goce, se estará a lo que digan las leyes —la propia Constitución, actuando como ley especial— y los tratados internacionales. El art. 13.4 CE obliga a regular el derecho de asilo y concede a determinados extranjeros el derecho a solicitarlo, aunque no a obtenerlo, pues no está catalogado, como tal, como un derecho fundamental.

Complementario a los anteriores artículos, debemos destacar que el **art. 53.1 CE** obliga al legislador a respetar cualquier norma que garantice derechos o libertades, no pudiendo en cualquier caso no respetar su contenido esencial. No puede, por lo tanto



—en el presente supuesto—, negar la posibilidad de solicitar asilo en frontera:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a).

Este artículo incide directamente en la regulación de los derechos y libertades reconocidos a todos, nacionales y extranjeros. La regulación de los derechos fundamentales vincula a todos los poderes públicos, es decir, obliga desde el Jefe de Estado y el Presidente del Gobierno hasta un policía armado, un policía autonómico o un municipal, sin distinción de clase alguna.

Como característica que garantiza la importancia de la materia o derecho a solicitar asilo, tenemos la «reserva de Ley», para regular su ejercicio por parte de extranjeros y los límites infranqueables ante su denegación: *non refoulement* o *devolución*. La consecuencia es muy clara cuando una ley limita o desvirtúa el contenido esencial —en este caso, a los extranjeros— que supone el goce y derecho a la tutela de libertades o derechos fundamentales, cuyo goce ya está garantizado en aplicación del art. 13.1 CE. La desfiguración del derecho a solicitar asilo en frontera en España no es admisible, tal y como pretende llevar a cabo el proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

Pero tanto o más importante que el hecho de que la regulación se realice a través de una ley orgánica es que la misma debe **respetar el contenido esencial del derecho de asilo y refugio protegido y garantizado**.

3. Vulneración de la normativa europea y del Derecho Internacional de los derechos humanos, que garantizan el derecho de asilo y a solicitar refugio

Ya hemos denunciado que las denominadas **expulsiones en caliente** no solo son incompatibles con nuestro Derecho interno, sino que resultan contrarias a la normativa de la Unión Europea y al Derecho Internacional de los derechos humanos. Negamos que se pueda dar cobertura legal a aquella

práctica ilegal, como se pretende en el texto literal de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

En el informe «*Expulsiones en caliente*»: *Cuando el Estado actúa al margen de la ley*, emitido por prestigiosos juristas y citado en este mismo trabajo, acertadamente se señala:

Los derechos humanos constituyen una conquista de la dignidad frente a la barbarie y un hito que reclama continuos avances en su toma de conciencia, en su volcado al Derecho positivo y, sobre todo, en garantizar que los logros obtenidos en este ámbito sean respetados por medio del desarrollo de mecanismos para la consecución de su efectividad y la persecución y el castigo de sus contraventores. El Estado español tiene ratificados multitud de acuerdos internacionales que hacen imposible la legitimación de prácticas manifiestamente vulneradoras de derechos fundamentales de las personas. La propia Constitución española da entrada a la exigencia de una interpretación conforme a los derechos fundamentales con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales que los despliegan y desarrollan (art. 10.2 CE).

De ahí las exigencias de la legislación de extranjería sobre la necesidad de dar la oportunidad a los extranjeros interceptados por las autoridades españolas en la frontera —o en las vallas— para que puedan alegar cuáles son sus circunstancias o su petición de protección, y que se derivan del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Puede tratarse de menores de edad, de víctimas de trata de seres humanos para la explotación sexual u otros fines, de niñas que huyen de secuestros o matrimonios forzados, etc. En la situación convulsa actual, muchos de ellos pueden ser individuos cuyas circunstancias, miedo y riesgos les hacen merecedores de la concesión del estatuto de refugiado, o de asilado. Son individuos que huyen de conflictos armados como los que hoy se producen en Siria, Irak, Somalia, Gaza o la República del Congo, por solo citar algunos de los múltiples desastres humanos. En España, para adecuarse a la legislación internacional, se prevé que una entrada clandestina o ilegal no debe inmediatamente conllevar la devolución al otro

lado de la frontera —es decir, Marruecos—, en atención, precisamente, a su condición de «extranjería desprotegida», atendidas las circunstancias concurrentes y a la luz de la efectiva garantía de los derechos fundamentales de toda persona, que nos exigen a todos y al Estado un mayor estándar de protección y trato (arts. 31 LODYLE y 23.6 RLODYLE).

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, afirma, en su art. 3, que el asilo es la protección que se dispensa a los refugiados, y tiene esa condición:

Toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.

En esta Ley, y junto al asilo —protección que no estaba prevista en las anteriores leyes de asilo españolas, publicadas en 1984 y en 1995—, se introduce el derecho a la protección subsidiaria, que, según su art. 4, se dispensa a aquellas personas que no tienen la condición de refugiado, pero respecto de las cuales existen motivos fundados de que, de volver al país del que son nacionales o al país de su última residencia, en el caso de los apátridas, su vida e integridad sufrirían un grave peligro en los términos del art. 10 de esta misma Ley.

Un ejemplo de protección subsidiaria es el de aquellas personas que, sin sufrir en su país una persecución concreta e individualizada sobre su persona —requisito del asilo—, no pueden volver sin riesgo grave para sus vidas por existir, por ejemplo, una situación de guerra o de violencia indiscriminada.

Las **expulsiones en caliente**, en cuanto impiden cualquier alegación y tratamiento individualizado a los extranjeros interceptados en frontera, imposibilitan *de facto* el ejercicio del derecho al asilo. Con ello, no solo se vulnera la Ley 12/2009, que lo regula expresamente en España, sino de nuevo el art. 13 CE, que reconoce el derecho fundamental a solicitar asilo. También se vulneran —en su concepción y, sobre todo, *praxis*— los compromisos internacionales suscritos por España como país signatario



de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados, así como la amplia normativa de la Unión Europea o la firmada por los países que la integran. Baste citar, en concreto, el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que forma parte integrante del Tratado de Lisboa:

Art. 18. Derecho de asilo.—Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados, y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el tratado de funcionamiento.

Por tanto, una eventual reforma legislativa de la legislación de extranjería, como está en curso, con el fin de dar cobertura jurídica a las **expulsiones en caliente**, y en la medida en que imposibilita el ejercicio de dicho derecho de asilo, tendría el obstáculo insalvable de su inconstitucionalidad, por vulnerar el Derecho Internacional y el ordenamiento comunitario originario y derivado, al igual que el «acervo comunitario» sobre esta delicada y difícil situación de refugio.

En conclusión a todo lo hasta aquí expuesto, entendemos que la nueva disposición legal en trámite es contraria al art. 19.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que proclama el **principio de no devolución o non refoulement**. Este principio es un paradigma o premisa sustancial a la existencia del derecho a solicitar asilo o al estatuto de refugiado en el ámbito internacional: **es hoy una norma de ius cogens**.

Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Es un derecho que en modo alguno puede ser sometido a ninguna restricción, y mucho menos en la forma y sin las garantías que ahora se pretende tipificar en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Limitarlo es igual a negar el derecho de asilo y la posibilidad de solicitar refugio⁽²⁸⁾.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las devoluciones en caliente van en contra de una norma de ius cogens. Atentan y vulneran, en su práctica, en la frontera de Ceuta y Melilla o en el territorio peninsular, el derecho que cualquier individuo tiene a solicitar asilo, refugio o protección subsidiaria en España y en la Unión Europea.

El reconocimiento, garantía, efectiva tutela y respeto de los derechos humanos en un Estado de Derecho son muy caros económica y procesalmente, pero esta es la diferencia que existe entre el borde exterior de la frontera con Marruecos y el borde interior o territorio sometido al Derecho, a la Constitución y al Derecho Internacional que es España, Estado Miembro de la Unión Europea

SEGUNDA. Las autoridades, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado deberán necesariamente atender, cursar y tramitar cualquier petición individual de asilo o refugio que se solicite en frontera. Mientras no se resuelva el expediente administrativo legalmente previsto, no puede procederse a su **devolución legal** ni ser devueltos colectivamente, sin más y sin identificación, a Marruecos. El peticionario de asilo, en garantía de la defensa de sus derechos, deberá estar asistido de Letrado y de intérprete, si lo necesitara.

TERCERA. Las llamadas **devoluciones en caliente** son una práctica que vulnera las normas internas reguladoras de la extranjería, asilo y refugio —en especial, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Las mismas prohíben, expresa y terminantemente, la devolución o **non refoulement** del peticionario a aquellos países donde pudiera o tenga riesgo fundado o peligro para su vida o su integridad física, debido a su raza, credo, sexo, opiniones políticas o tendencia sexual. Y no solo en el país de origen, sino también en los de residencia.

CUARTA. El proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana —en concreto, su disposición adicional

décima— no puede validar ni legalizar las **devoluciones en caliente**. Las mismas vulneran, en su aplicación práctica en Ceuta y Melilla, el art. 9 CE —principio de jerarquía normativa—, los arts. 13.1, 13.4 y 53.1 —ya que no respetan su contenido esencial, que posibilita solicitar asilo o refugio en Europa—, y también son contrarias al art. 96.1 —por su valor *supra* legal de los tratados internacionales en vigor en España sobre otras leyes de rango inferiores.

QUINTA. El reconocimiento, garantía, efectiva tutela y respeto de los derechos humanos en un Estado de Derecho son, evidentemente, muy caros económica y procesalmente, pero esta es la abismal diferencia que existe entre el borde exterior de la frontera o valla con Marruecos y el borde interior o territorio sometido al Derecho, a la Constitución y al Derecho Internacional que es España, Estado Miembro de la Unión Europea. **Constitución y ordenamiento jurídico que deben cumplirse y respetarse, por muy farragoso y costoso que le resulte al erario público.**

SEXTA. En enero de 2015, la falta de identificación de los extranjeros en frontera y su **devolución en caliente** indiscriminada podrían acarrear responsabilidad internacional, por el incumplimiento por el Estado español de su obligación de identificar cualquier entrada ilegal en frontera y establecer filtros para evitar el acceso a personas que figuren en las listas de búsqueda internacional, ya sea por su condición de delincuentes o incluso de retorno de un ciudadano europeo que pueda ser sospechoso o presunto terrorista. **Las responsabilidades se derivarían de una posible culpa in vigilando.**

(Trabajo terminado de redactar en Barcelona, el 17 de enero de 2015.)

- (1) Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (texto consolidado). Párrafo segundo, añadido por el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.
- (2) El Sr. Nils Muiznieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en su visita a Melilla el 16 de enero de 2015, declaró que «**el Mediterráneo se ha convertido en el cementerio más grande del mundo**», y que las devoluciones colectivas en el acto y sin mediar identificación vulneran los derechos de los posibles solicitantes de asilo y «**suponen un duro golpe contra el principio de no devolución**» (noticia publicada en *El País*, 17 de enero de 2015).

- (3) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 1, que forma parte integrante desde 2009 del Tratado de la Unión y del Tratado de Funcionamiento de la Unión, versión Lisboa. Igualmente, figura en la Constitución española de 1978, art. 10.1; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948; en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa de 1950, así como en otros pactos y convenios internacionales en vigor ratificados por España.
- (4) Sesión del Congreso de los Diputados de 16 de octubre de 2014.
- (5) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X legislatura, serie A: Proyecto de Ley, 25 de julio de 2014, n.º 105-1, pág. 1.
- (6) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º 10, de 11 de enero). Última modificación: Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio (BOE n.º 180, de 28 de julio). Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011 (BOE n.º 103, de 30 de abril). También de aplicación el Real Decreto 240/2007, modificado por el Real Decreto 1701/2011, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- (7) Vid. E. Sagarra Trias, *Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España: Protección jurisdiccional y garantías*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1991, y en otra multitud de publicaciones y artículos.
- (8) STC 24/2000, de 31 de enero (suplemento al BOE n.º 54, de 3 de marzo, fundamentos 3.º y 4.º).
- (9) Vid. en todo lo relativo al régimen sancionador de extranjería: E. SAGARRA TRIAS, *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 2002.
- (10) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDI*, vol. I/1, 1998, pág. 33. Del mismo autor, *Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Ed. Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1998, págs. 31-50.
- (11) BOE n.º 285, de 27 de noviembre de 1992, posteriormente modificada en el año 1993 (BOE n.º 23, de 27 de enero) y por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Última modificación: por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre (ref. BOE A-2014-9467). Esta modificación será de aplicación a partir del 1 de junio de 2015, según establece la disposición transitoria tercera.
- (12) En este sentido, resulta ilustrativa la reflexión e instrucciones que la Fiscalía General determinaba en relación con los extranjeros en su Circular 3/2001.
- (13) La expulsión de un extranjero por parte de España conllevará la imposibilidad de entrar no solo en España, sino en todo el espacio de Schengen —todos los países de la Unión Europea, a excepción del Reino Unido e Irlanda—, además de Noruega e Islandia. Para ello, se ha creado el Sistema de Información de Schengen —SIS— o lista de extranjeros no admisibles.
- (14) «*Expulsiones en caliente*»: Cuando el Estado actúa al margen de la ley. Informe jurídico. Informe promovido desde el proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449). Fecha de publicación: 27 de junio de 2014. El texto íntegro del informe se puede encontrar en: http://www.migrarconderechos.es/bibliografia/Expulsiones_en_caliente.
- (15) Vid. E. SAGARRA TRIAS, «Artículo 13», en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed. Icaria y Asociación para las Naciones Unidas en España, Barcelona, 1998, págs. 226 y ss.
- (16) La Ley 4/2000 define como *extranjeros*, en el art. 1.1: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».
- (17) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cap. IV, arts. 50 a 76 (BOE n.º 233, de 28 de septiembre). La Ley posibilita e incentiva la obtención de permisos de residencia a extranjeros que compren inmuebles o suscriban deuda pública o en inversiones en España.
- (18) Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea Lisboa 2009, arts. 18 a 25. En España, además, el Real Decreto 1771/2011, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de ciudadanos de la Unión y del Espacio Económico Europeo, que modifica el Real Decreto 240/2007.
- (19) Fue a raíz de la firma del Tratado de Maastricht cuando España, para poder ratificarlo, y atendida la declaración del Tribunal Constitucional, tuvo que modificar por vez primera la Carta Magna y el art. 13,2 CE, añadiendo al mismo la palabra *pasivo*, referida al derecho a poder participar los extranjeros en las elecciones municipales. Cortes Generales, 27 de agosto (BOE n.º 207, de 28 de agosto de 1992).
- (20) Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero, sobre la solicitud de asilo en el ámbito de la Unión Europea y disposición para su aplicación.
- (21) Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, a la que se adhirió España por instrumento de 22 de julio de 1978.
- (22) Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria (BOE n.º 263, de 31 octubre), y Real Decreto 2003, de 10 de febrero.
- (23) Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátridas, de 20 de julio de 2001 (BOE n.º 174, de 21 de julio).
- (24) Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre (BOE n.º 256).
- (25) Según los autores del informe ya citado, «*Expulsiones en caliente...*», de 2014. Si no comprueban los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y sus superiores su identidad y, en su caso, no tramitan expediente de asilo o de mera devolución a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente, ello puede ser una dejación de sus obligaciones, pudiendo incluso incurrir en un delito de prevaricación, a pesar de la obediencia debida.
- (26) Art. 20 de la Ley de Asilo, en relación con el Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país.
- (27) Informe preceptivo del Consejo de Estado, emitido a petición del Gobierno, al anteproyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, pág. 12.
- (28) El Tratado de Roma de 4 de noviembre de 1950 —o Convención Europea de los Derechos Humanos— no contempla el derecho al asilo, pero la interpretación que el Tribunal Europeo ha hecho de su art. 3 —que debe tenerse en cuenta en España en virtud del art 10.2 CE— establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, lo que incluye la prohibición de la expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes. Por tanto, se ha configurado una jurisprudencia que acoge el principio de no devolución y que se ha aplicado a diferentes supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo: SSTEDH de 11 de enero de 2007, asunto *Salah Sheekh c. Países Bajos*; de 23 de febrero de 2012, asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, o de 19 de diciembre de 2013, asunto *N. K. c. 16*.

La CAE en casa



Ernesto Tarragón Albella

Notario de Castellón de la Plana

Consejero de Dirección de la Unión Internacional del Notariado (UINL)

Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE)

Fiel a su cita anual, la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) se reunió en Barcelona los días 21 y 22 de noviembre de 2014. **De nuevo, el Colegio Notarial de Cataluña abrió sus puertas al Notariado europeo y la CAE de la Unión Internacional del Notariado hizo uso de su sede semipermanente para celebrar sus sesiones de trabajo y constituir una nueva sesión de la Academia Notarial Europea.** Los delegados de los treinta y nueve notariados europeos que la componen volvían al Colegio Notarial de Cataluña como quien regresa a su casa: con la confianza de lo conocido, con la alegría del reencuentro de unas instalaciones y de un personal que facilitan muchísimo su trabajo y con la oportunidad de disfrutar de nuevo de una hospitalidad proverbial.

La CAE cumplió en Barcelona los dos objetivos de su reunión: por la parte científica, **exponer conclusiones de estudios realizados, adelantar los trabajos en curso y proponer nuevos temas de estudio y,**

por la parte académica, **poner en contacto la realidad notarial con la sociedad a través de otros operadores jurídicos.**

En Barcelona, **la Academia Notarial Europea puso en práctica su nuevo formato de reunir a un representante del Poder Ejecutivo, a un Magistrado y a un Catedrático de Universidad, coordinados por un Notario, para tratar de un determinado tema. En esta ocasión, se consideró la defensa de los consumidores en materia crediticia e hipotecaria,** y se estudió bajo distintos puntos de vista de la realidad europea. Para ello, se contó con unos ponentes de lujo, como fueron Francisco Fonseca Morillo, Director de la Representación en España de la Comisión Europea, que habló sobre «Derecho Privado Europeo: del reconocimiento mutuo al Derecho europeo de compraventa»; el Profesor Yves Picod, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Perpignan, que pronunció una conferencia sobre «La reforma francesa del Derecho de

Consumo en relación con la Directiva Europea 2011/83/UE»; el tercer ponente fue Francisco Marín Castán, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, que dictó la conferencia «La protección del consumidor en la jurisprudencia civil española». Actuó de moderador el Notario de Barcelona Ángel Serrano de Nicolás. El acto de la Academia resultó brillante, a lo que sin duda contribuyeron los discursos de apertura, que fueron a cargo de Pierre Becqué, Notario honorario de Montpellier, Presidente de la CAE, que expuso la actualidad de nuestra Comisión; de Joan Carles Ollé Favaró, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, anfitrión del acto, que resaltó la posición de Barcelona como una de las tres capitales del Notariado europeo, pues la Academia representa el aspecto científico, así como Roma, sede de la UINL, supone el centro administrativo y Bruselas, el centro del poder político de la UE, y de José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado, que, en nombre del Notariado español, dio la bienvenida a

todos los delegados internacionales y expresó el permanente compromiso del Notariado español en la defensa de los valores del Notariado. Cerró el acto de apertura el señor Alcalde de Barcelona, Xavier Trias, cuya presencia fue muy agradecida por todos como expresión de la consideración social que merece el Notariado.

La CAE, partiendo de la diversidad legislativa existente en los diferentes países de Europa, realiza estudios para conseguir identificar el denominador común en la regulación de aquellas materias donde el concepto transfronterizo se pone de manifiesto

La CAE cree firmemente en la necesaria conexión social del Notario, en la necesidad de escuchar lo que dicen aquellos a los que está dirigido nuestro trabajo o la opinión de aquellos que desarrollan otras actividades jurídicas. Eso nos sirve para conocernos mejor, para analizar permanentemente nuestra función, revisar nuestras formas de actuación y lograr la necesaria adaptación a las nuevas necesidades sociales, conservando al mismo tiempo la esencia de nuestro carácter, y todo ello con la mayor eficiencia y mejor coordinación internacional posibles.

Sin duda alguna, **la coordinación internacional es una de las razones de ser de la CAE**, y en todos sus estudios ya terminados, en curso o por desarrollar, conocer y mejorar las relaciones jurídicas europeas es el argumento común de fondo.

Entre los trabajos ya terminados, **la CAE analizó las conclusiones propuestas por la Notaria española Cristina Planells a propósito del estudio por ella coordinado sobre el sistema disciplinario en los notariados europeos**, que resulta un tema de gran interés y actualidad, pues **la UINL ha aprobado recientemente un Código de Deontología Notarial**, presentado por Juan Ignacio Gomeza Vila, Notario de Bilbao, como Presidente, hasta la presente legislatura, de la Comisión de Deontología. En este nuevo Código, **partiendo de los valores tradicionales del Notariado** (como legalidad, imparcialidad, independencia, seguridad jurídica preventiva, preparación

y formación continuada, secreto profesional, intimidad de las personas, confidencialidad), **se han añadido los nuevos valores éticos que afloran en la nueva sociedad plural y global**, como son el servicio del Notariado y el valor añadido de su función en la defensa de los derechos del hombre, de la protección del consumidor y de la parte más necesitada de información, del desarrollo económico sostenible, del medio ambiente, de la transparencia, de la evitación del blanqueo de capitales y de la agilización del tráfico jurídico internacional, valores y exigencias que se han ido añadiendo a la profesión, como profesión viva y en contacto directo con la sociedad a la que sirve. Pero, por desgracia, la deontología no es suficiente y es necesario prever un sistema disciplinario (no exento de garantías, aunque efectivo) para aquellos cuya conducta desmerezca la confianza de la sociedad o incumpla con la función de fe pública que el Estado le ha delegado.

Uno de los temas en estudio actual en los trabajos de la CAE es el análisis diferencial de los conceptos certificación, legalización y autenticación en los diversos países europeos, pues con los mismos términos se designan figuras jurídicas distintas, y es esencial para facilitar la circulación de los documentos notariales saber a qué nos referimos con cada concepto, pues no tienen el mismo alcance en cada país europeo. **Seguramente sea en materia notarial donde más claramente se pone de manifiesto la dificultad de traducción de determinados términos jurídicos**, cuando en una lengua no existe el correspondiente con la que se pretende traducir (o lo que es peor, cuando hay palabras similares que definen conceptos distintos). Sin ir más lejos, *Notary Public*, traducido por 'Notario público' sin explicar las enormes diferencias entre los sistemas jurídicos del *Common Law* y el *Civil Law*, es simplemente inducir al error al lector no expreso, que confiará que la equivalencia lingüística supone también una equivalencia de conceptos. Y lo que es peor: si se confunden los conceptos por considerarse equivalentes *Notary* y *Notario*, se puede llegar a la peligrosa conclusión de confundir, es decir, asimilar las formas jurídicas emanadas de uno y otro, cuando son radicalmente diferentes, pues las del anglosajón carecen por completo de autenticidad, ya que en su Derecho no existe el concepto de *documento público*, dotado por el Estado de una presunción de legalidad, fuerza probatoria y ejecutividad.

Precisamente **por estas diferencias esenciales tanto en el concepto de Notario como en la eficacia de sus documentos**, **la UINL consideró que los habituales observadores británicos, de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, no debían mantener su puesto en la CAE**, y, por el contrario, **mantener su delegación la de los notarios de Londres, que, por sus características de Notariado latino, sí forman parte de la Unión** y, por lo tanto, de sus diferentes comisiones (entre ellas, claro está, la CAE). Por ello, en Barcelona, el único británico presente fue el representante de los *scrivanners* de Londres; **el resto de británicos han pasado a formar parte de un grupo de trabajo específico, una task force mundial donde se estudia la forma de intercomunicación de los dos sistemas jurídicos**, que parten de planteamientos diferentes pero que están obligados a entenderse en un mundo globalizado. **Uno de los actuales y principales retos del Notariado es encontrar lo que gráficamente ha venido a llamarse adaptador jurídico universal**, como uno de esos enchufes que llevamos en nuestros viajes internacionales con diversas entradas para clavijas diferentes, **de modo que, de forma sencilla, segura y generalizada, se pueda conseguir la pretendida equivalencia de formas.**

Y en este ámbito de armonización de términos va progresando un trabajo que despertó el interés de nuestra Comisión y que bien merece la mayor atención académica como posible tema de investigación doctoral.

La CAE, partiendo de la diversidad legislativa existente en los diferentes países de Europa, realiza estudios para conseguir identificar el denominador común en la regulación de aquellas materias donde el concepto transfronterizo se pone de manifiesto.

La forma de trabajo que se sigue, normalmente, es la siguiente: **se fija un tema objeto de estudio** de especial interés notarial por su contenido y actualidad, **y se designa un responsable** entre todos los delegados que se encargará de **redactar un cuestionario dirigido a todas las delegaciones**, para que estas, dentro de un plazo fijado, respondan conforme a su Derecho nacional. **A la vista de las respuestas, se crea un grupo de trabajo** que las discute y sintetiza para que **el coordinador formule unas conclusiones que se exponen en el**

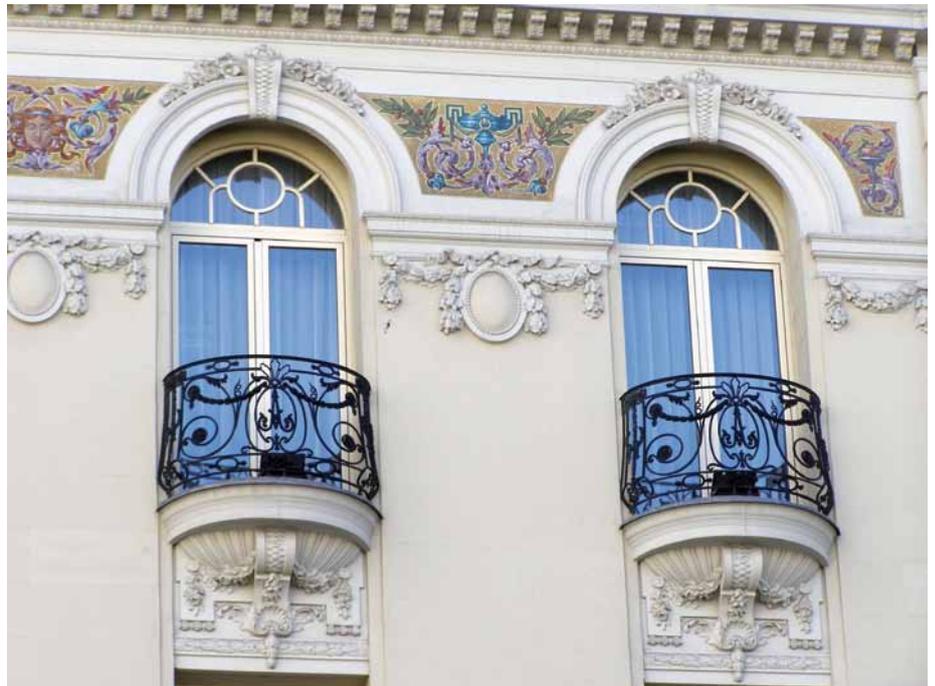


pleno de la Comisión y cuyos resultados se pueden consultar en la web de la UINL.

Uno de los temas que periódicamente es objeto de revisión es el que se refiere al **Derecho de Familia**. En Europa hay catorce millones de habitantes que viven, trabajan o estudian fuera de su país de origen, lo que da lugar a relaciones familiares con miembros de diversas nacionalidades, y es precisamente en el ámbito del **Derecho de Familia en el que la CAE (con especial protagonismo de los notarios españoles Enric Brancós y Pedro Carrión) ha realizado estudios que podríamos considerar pioneros o promotores de reformas legales**, tales como los referentes a la autotutela, los apoderamientos en caso de incapacidad, el divorcio amistoso, la relación de las parejas de hecho, etc. No es de extrañar que, en esta legislatura, nuestra Comisión reflexione sobre las nuevas tendencias o la evolución del Derecho de Familia, y en Barcelona, la Notaria de Jijona María Reyes Sánchez Moreno, como delegada española coordinadora del tema, presentó el cuestionario elaborado por ella respecto de las novedades legislativas en los diferentes notariados miembros en materia de nuevas tendencias en Derecho de Familia, concretamente, respecto de la posición de la mujer, la regulación del divorcio, el reconocimiento de las parejas de hecho, del matrimonio homosexual y, sobre todo, la protección de los menores, las relaciones con los abuelos y otras formas de solidaridad familiar.

Con el nuevo Reglamento, se pretende simplificar los trámites administrativos con el fin de facilitar y potenciar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la UE, reafirmando al mismo tiempo el interés público general de asegurar la autenticidad de los documentos públicos

Relacionado con la circunstancia del aumento de las relaciones internacionales particulares, consecuencia de la gran masa de población que se encuentra fuera de su lugar de origen, se planteó como **nuevo tema de estudio «La posición del Notario respecto del ciudadano extranjero»**.



Se trata de analizar la documentación que el extranjero nos aporta, y, en especial, **analizar la propuesta de Reglamento que presentó la Comisión de la Unión Europea**, con el que se pretende la simplificación de formalidades para la aceptación de documentos públicos emitidos en otro Estado Miembro. Me refiero al documento COM (2013) 228 final (Bruselas, 24 de abril de 2013), por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012. Pero, como el ámbito de la CAE excede del de la UE, cabe plantear la cuestión para toda Europa, e incluso hacer un planteamiento mundial.

Se parte de la necesidad de **reglamentar esta cuestión**, pues, con el innegable derecho a la libre circulación de las personas para desplazarse de un lugar a otro y fijar su residencia, **persiste un desfase entre las disposiciones legales vigentes y la realidad vivida por los ciudadanos y empresas que pretenden ejercer esos derechos en la práctica**. Cuando ejercen estas libertades, por ejemplo, optando por residir o desempeñar su actividad económica en otro Estado Miembro, se enfrentan a una serie de dificultades a la hora de presentar los documentos públicos necesarios a las autoridades y conseguir que ese Estado Miembro los acepte siguiendo una práctica contraria a la aplicada a sus propios nacionales y empresas. Todos estos documentos pretenden acreditar hechos documentados por una autoridad y, en la mayoría de los ca-

sos, se presentan para obtener acceso a un derecho, recibir un servicio o cumplir con una obligación. Los ciudadanos y empresas deben someterse a engorrosos y desproporcionados trámites para demostrar su autenticidad en el otro Estado Miembro, aun cuando son plenamente legales y no plantean ningún tipo de problema en el país de origen. Con el objeto de determinar su autenticidad y poderlos utilizar fuera del Estado Miembro expedidor, hay que someterlos a determinados trámites administrativos, como la legalización y la apostilla, confirmando la veracidad de la firma o la calidad en la que ha actuado el signatario de un documento. Otros trámites son la certificación de las copias y la exigencia de traducciones juradas.

En definitiva, **con el nuevo Reglamento, se pretende simplificar los trámites administrativos con el fin de facilitar y potenciar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la UE**, reafirmando al mismo tiempo el interés público general de asegurar la autenticidad de los documentos públicos. En concreto, propone:

- a) Suprimir la apostilla.
- b) Simplificar las copias de los documentos.
- c) Eliminar la traducción jurada de documentos públicos.



Tribuna

- d) Establecer un sistema administrativo de cooperación para evitar la falsedad de los documentos públicos y poderlo consultar en caso de duda.
- e) Crear un impreso multilingüe para certificados de nacimiento, defunción, matrimonio, parejas de hecho, bienes inmuebles y representación de las compañías.

Otro nuevo tema de estudio aprobado en la reunión de Barcelona fue la colaboración entre notarios. Se trata de analizar los cauces de colaboración del Notario con otros operadores jurídicos o económicos, las relaciones de los notarios entre sí, las uniones de despacho, las relaciones laborales entre notarios, las necesarias reglas de lícita competencia, identificar y analizar supuestos de competencia desleal, de publicidad engañosa o inapropiada. **Se trata, pues, de un tema de estudio corporativo para mejorar nuestra función, sin olvidar nuestro carácter internacional**, pues objeto también de este estudio será **precisar los cauces de colaboración internacional entre notarios y proponer un mejor funcionamiento de la red notarial mundial y su coordinación con la red notarial europea.**

Como parte de este estudio de colaboración, **se planteó la posibilidad de fomentar la estancia de estudiantes o notarios en prácticas, la conveniencia de viajar al extranjero para realizar periodos de formación en notarías de diferentes países**, para conocer de forma directa el sistema de trabajo y la



legislación del Notariado de que se trate, creando así una red personal que se considera muy enriquecedora tanto para el que realiza las prácticas como para el Notario que las acoge. Por su interés y novedad, **este tema de las estancias en prácticas será objeto en el futuro de un específico grupo de trabajo** que proponga regular un verdadero status del *stager* o estudiante/Notario extranjero en prácticas, tratando de su duración, contenido, programa, remuneración, seguridad social, certificación de estudios o colaboración con centros universitarios. Los distintos delegados intercambiaron sus experiencias, generalmente muy positivas, de las estancias de jóvenes notarios (o

candidatos a Notario) que habían recibido durante un tiempo en sus despachos, **y se concluyó que esta práctica, que de momento se está realizando de forma privada, bien merece una regulación y cobertura**, pues todo un mundo de posibilidades cabe en esta iniciativa en la que España puede tener un especial protagonismo como puente, una vez más, entre Europa y América.

Sin duda, los dos días de trabajo fueron bien aprovechados, y a ello contribuyó la magnífica disposición del Colegio Notarial de Cataluña, al que una vez más quiero agradecer que todos nos sintiéramos en casa. Gracias y hasta el año que viene.

El Registro Civil del Colegio de Registradores: un regalo (envenenado o no) inmerecido⁽¹⁾



Javier Micó Giner
Notario de Sabadell

La adjudicación a un determinado colectivo profesional del Registro Civil parece (según algunos) un regalo, que un sector de los propios afectados consideraba o quizá todavía considera envenenando.

Pensar que hoy o en el futuro el Poder Público va a considerarse obligado a compensar inversiones pasadas es bastante ilusorio. Añadan a ello el efecto de la movilidad política y tendrán una apuesta muy arriesgada. Puede salir bien, pero puede salir fatal.

Estructuraré este texto en las siguientes inadecuaciones:

- 1) Inadecuación jurídica, la que menos interesará a estas alturas.
- 2) Inadecuación económica, donde trataré la inadecuación ética.

3) Inadecuación tecnológica.

4) Inadecuación política.

Y terminaré con una suerte de conclusiones.

Pero, previo a todo ello, convendría hablar de lo que realmente está detrás de este intento de adjudicación que oculta el verdadero problema (lo que llamaremos *El gran problema silenciado*).

El gran problema silenciado es que el actual sistema de seguridad jurídica es diferido y no preventivo, y que este sistema no se sostiene ni jurídica, ni económicamente.

Es diferido porque la comunicación de una incidencia registral puede producirse casi dos meses después de que el

contrato se haya formalizado de verdad

(con los cambios de criterio de la DGRN, habrá que esperar, primero, a que se haya pagado el impuesto: treinta días hábiles; después, a que se califique: quince días hábiles, y luego, a que se comunique la calificación, amparándose aquí de forma dudosa en la LPA: diez días hábiles más).

El sistema no se sostiene ni jurídica, ni económicamente:

- **Una SLNE o una sociedad limitada se autorizan por el Notario, se presentan al Registro y se inscriben en menos de 24 horas.** Las nuevas tecnologías evidencian que el sistema registral inmobiliario y societario diferido, para el resto de actuaciones, es malo; sesenta días para algo que podría ser instantáneo es absurdo.



- **La profesión registral**, reiteran muchos, **carece de una homologación europea** (salvo que se considere homologada con algunos funcionarios europeos a sueldo de la Administración).
- **Tanto registradores como notarios** tenemos un problema común que el boom inmobiliario enmascaró y que la crisis ha hecho aflorar en toda su crudeza: **nos regimos por unos aranceles fijados en 1989⁽²⁾ y que solo experimentan rebajas**, cuando, en el mismo intervalo, los costes se han multiplicado y hemos asumido costes tecnológicos faraónicos que no se soportan con esos aranceles.

Por ello, unos optan por plantear soluciones conjuntas (intentos fracasados de fusión o de revisión conjunta del arancel) y otros, por reinterpretar unilateralmente el arancel de maneras algunas veces ciertamente dudosas⁽³⁾, e intentar conseguir más funciones y fuentes de ingresos. Si no se ataca este problema de frente, hay que buscar vías de ingresos diferentes.

Ahora entramos en las inadecuaciones.

1) Inadecuación jurídica

La asignación a registradores mercantiles (ciento veinte y en capitales de provincia) **rompe la pretendida estructura de un Registro Civil único para toda España** (o a la inversa, contamina o cuestiona el modelo registral actual).

La posibilidad de dirigirse a cualquier «Oficina de Registro Civil» no casa con el monopolio territorial registral (o a la inversa, contamina o cuestiona el modelo registral actual). ¿Por qué un Registrador, por ejemplo, de Madrid podrá calificar cualquier acto de una persona física donde quiera que resida o esté su domicilio y, en cambio, no va a poder hacerlo de una persona jurídica domiciliada en Barcelona o pronunciarse sobre una finca sita en Valencia porque existe una suerte de monopolio territorial en estas materias? No se sostiene la ausencia de libre elección en unos casos y no en otros.

La publicidad y la posibilidad de acceso electrónico por cualquier funcionario al Registro Civil de manera gratuita no casan con el incumplimiento flagrante de idéntico criterio para el Registro de la Propiedad y el Mercantil

La publicidad y la posibilidad de acceso electrónico por cualquier funcionario al Registro Civil de manera gratuita no casan con el incumplimiento flagrante de idéntico criterio para el Registro de la Propiedad y el Mercantil desde las leyes 24/2001 y 24/2005, nunca respetadas (o a la inversa, deja sin justificación la negativa contumaz a aplicar la ley y el cobro por el acceso).

La base de datos plantea gravísimos problemas de intentos de explotación o apropiación, máxime en la época del *big*

data (sobre lo que todavía no se ha pronunciado la AEPD, y debería), siendo de todos conocidos los intentos de explotar otras bases de datos registrales (o bien no casa con esos intentos o los contamina).

La aplicación de ciertos principios registrales pensados para bienes inmuebles al Registro Civil provocará situaciones absurdas o evidenciará que esos principios no se sostienen en la época actual, con la posibilidad de conexiones en tiempo real. (El momento de la verdad es el del nacimiento o la defunción; conforme a criterios registrales, se pretenderá el principio de la inoponibilidad de lo no inscrito; se evidenciará que no funciona bien para las personas físicas —de hecho, no funciona ya para las jurídicas, donde la clave no es el Registro Mercantil, sino la publicación en el *BORME*—, ni para las relaciones inmobiliarias, donde la prioridad se gana desde la misma Notaría mediante una remisión de copia y la obtención del asiento de entrada que genera un servidor, una máquina, no el Registrador, y cuando se vea que falla, contaminará las pretensiones de que todo nace cuando alguien tiene a bien firmar un asiento, pese a que los hechos o las voluntades hayan nacido antes; pondría ejemplos, pero me alargaría y haría el texto casuístico. Repito: el momento de la verdad es el nacimiento, la defunción o el contrato. La realidad es tozuda. Se impondrá y se verá más claro que el momento de la verdad es anterior a la inscripción y que el diferimiento en la inscripción provoca más problemas de los que arregla.)

La pretendida sencillez de Llevanza del **Registro Civil** no es cierta. No es tan sencillo como un Registro de la Propiedad o un Mercantil y genera **problemas específicos**, en especial, de Derecho Internacional Privado⁽⁴⁾, que ni imaginan. No existe una especialización específica al efecto en el colectivo designado; al menos, no superior a la de muchos otros colectivos.

Al final, como es imposible que ciento veinte registradores atiendan esta situación, se delegará, y quien atienda no será funcionario.

2) Inadecuación económica

La inadecuación económica es clara. Si el Estado, es decir, los contribuyentes, **ha pagado 130 millones⁽⁵⁾ o 180 millones⁽⁶⁾ de euros en digitalizar el Registro Civil y**



mejorarlo tecnológicamente, no se puede regalar a nadie. Si son ciento veinte registradores, les corresponden 1,5 millones de euros por cabeza. Cualquier empresa que realiza una práctica de *outsourcing* (y esta lo es) lo primero que hace es valorar los activos que transfiere y cobrarlos. Aquí nadie paga nada por las inversiones tecnológicas ya hechas a costa del erario público. Si no fuera así (que hasta la fecha lo es y nadie lo ha negado) y fuesen los registradores los que pagan posteriores modificaciones tecnológicas, tampoco se merecen semejante desatino. Se dice que el contrato de la plataforma tecnológica cuesta 200 millones de euros y 50 millones adicionales al año por mantenimiento y evolución. **Las opciones⁽⁷⁾ para recuperar la inversión serían:**

- 1. Paga el usuario.** Imposible, en el Registro Civil. ¿Acaso no va a ser gratuito?
- 2. Pagan los Presupuestos Generales del Estado.** Imposible. ¿Acaso no se trata de ahorrar externalizando?
- 3. Pagan el Registro Civil los usuarios del Registro Mercantil.** Parece impensable e injusto. De ser la solución pretendida, genera el conocido problema de ineficiencia económica de las «subvenciones cruzadas». ¿O se ha pactado la subida de los aranceles mercantiles?
- 4. Pagan los registradores.** Dice Javier Martínez: «El Presidente del CORPME, Gonzalo Aguilera, en una carta dirigida a sus colegiados el 23 de enero de 2014, cuenta una entrevista con el Ministro de Justicia en la que el Director General afirma que “hay margen para la asunción del Registro Civil, dado el excedente de rentas que tienen los registradores conforme al arancel registral vigente”». Dividiendo los 200 millones entre ciento veinte registradores, les sale el primer impacto a 1.666.666 euros, el primer año (al mes, 138.888 euros), y los 50 millones anuales, a 416.666 euros al año (o 34.722 euros al mes). Si semejantes cifras de «excedente de rentas» son ciertas, me alegro por ellos.
- 5. Pagan otros «registros».** ¿Cuáles? Aquí ya llegamos a la **inadecuación ética**. **Estos sistemas** (¿a quién se le ocurriría llamarlos «registros» cuando son «archivos o ficheros de documentación notarial»? ¿acaso no ven que todo lo que se llame «Registro» puede ser «colonizado»? **son tres creaciones nota-**

riales que se regalan a otro grupo de funcionarios, y sin que recuperemos la inversión.

- 5.1. El sistema de Últimas Voluntades** nace «*acogiendo la experiencia que con resultados beneficiosos venían ya desarrollando varios colegios notariales, el RD 14 de noviembre de 1885...*»⁽⁸⁾. Basta tener unos mínimos fundamentos de Derecho Notarial para saber que fuimos los notarios quienes creamos el sistema, lo mantenemos durante un siglo con el parte o tríptico físico, lo actualizamos con notable coste informático y... ahora se lo darían gratis a otro colectivo. Por mucho que sean nuestros compañeros registradores, no parece de recibo.
- 5.2.** El Notariado crea el **Archivo de Poderes**. Es un éxito. Los registradores lo impugnan. Ahora pretenden hacerlo renacer, pero apropiándose la idea y cobrando. Los mismos compañeros registradores que impugnaron la idea ahora se la apropiarán. *Cosas venedes... o «Cosas tenedes [...] que farán hablar las piedras».*
- 5.3.** El Notariado detecta el problema de los herederos que quedaban sin cobrar las indemnizaciones de los **contratos de cobertura del fallecimiento**, convence al Gobierno a fin de que se regule y aporta los recursos económicos y tecnológicos para que sea posible. Ahora pretenden transmitirlo sin reembolsarnos lo invertido a los registradores.
Quosque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? Por favor, cualquier otra genial idea que tengamos, mantengamos y paguemos los notarios llámenla «Protocolo» y no «Registro», a ver si alguna vez dejamos de ser los «pagafantas»⁽⁹⁾.
- 6.** Por si con lo anterior no hubiera bastante, finalmente, «*habrá formas de financiación indirectas [...] que ciertos profesionales tengan que pagar*»⁽¹⁰⁾. ¿Quién se ofrece? ¿Adivinan a quién le asignan tal papel?

- 7.** No se me oculta la opción de pagar por uso de la plataforma, pero ninguna plataforma pública puede ser de pago. Ni Catastro, ni AEAT, ni ATC. El truco de convertir un servicio público gratuito en un servicio de pago informático obligatorio, por desgracia, lo conocemos ya todos.

La opción de pagar por uso de la plataforma no está permitida, pues ninguna plataforma pública puede ser de pago: ni Catastro, ni AEAT, ni ATC

3) Inadecuación tecnológica

La inadecuación tecnológica de la solución final es clara y evidencia que «todo vale». El sistema se basaba en una comunicación vía plataforma de la Organización Médica Colegial. Como se consideró inadecuado que la plataforma, con los datos que se iban a manejar, tuviera tal grado de dependencia de un Colegio Profesional, se sembró la idea de una Corporación de Derecho Público, de la que formarían parte los registradores mercantiles. El Colegio de Registradores no puede participar en el concurso público por incumplir los requisitos de solvencia económico-financiera exigidos. Intenta en vano formar parte de una UTE que dominase la plataforma. La «carta del Decano» así lo explicita: «*El día 10 de septiembre [...] tengo ocasión de hablar con el Ministro, quien me pregunta cómo iba la formación de la UTE para tomar parte en el concurso*»⁽¹¹⁾. Pero, como no se consigue el objetivo, el Colegio de Registradores impugna el pliego de condiciones ante ISDEFE y denuncia ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y, al final de todo este proceso, la plataforma —tras negar que pueda ser de un Colegio (Organización Médica Colegial), por incorrecto e inadecuado— va a ser de... un Colegio (eso sí, el Colegio de Registradores). ¿En qué quedamos?

4) Inadecuación política

Con todo, la inadecuación política es la más palmaria. ¿Qué necesidad tenía el Gobierno, o el Partido Popular, de meterse en semejante jardín, y más en año supuestamente electoral (si es que lo es, ya veremos)? No olvidemos la situación de

partida. Un Proyecto de Ley consensuado. Pero, en el intervalo, se empieza a torcer el proyecto para que se convierta en «registral» y se crea una Corporación. Se comienza a hablar de Futuver y el tema aparece incluso en los programas de los registradores que aspiraban a presidir el Colegio de Registradores. Es fácil de intuir el daño que esta polémica inútil ha causado al Gobierno (con cambios en la Dirección General) y a distintos operadores del ámbito jurídico. Desde el Colegio de Registradores, ahora sí, parece que están dispuestos a asumir el Registro Civil. **A estas alturas, nadie sabe cómo va a ser, ni cómo va a financiarse el Registro Civil. Parece ser que será y se financiará en función de lo pactado con el Colegio de Registradores**, a tenor de la intervención del nuevo Ministro de Justicia el pasado 11 de diciembre de 2014 (recomiendo vivamente la lectura del *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados* de dicha fecha), quien, en lugar de retirar el proyecto (que sería lo más lógico ante la tensión creada) o simplemente presentarlo y defenderlo, se vio obligado a informar al Congreso de que su texto será como resulte de una negociación con dicho Colegio.

A lo mejor existe una buena razón para todo lo anterior que se nos escapa. Según el Ministro, el ahorro para la Administración se sitúa en torno a los 8 millones de euros. Una cifra que se me antoja ridícula, teniendo en cuenta el daño político ocasionado.

Y llegamos a las **conclusiones** y a la sana envidia o agravio comparativo:

1.ª ¿Quiere usted saber cómo será y se financiará el Registro Civil? Pregunte usted al Colegio de Registradores (quienes ni aparecían en el Proyecto de Ley de 2011 hasta hace menos de seis meses).

2.ª Desconozco si el Consejo General del Notariado dispone de una estrategia y táctica ante esta cuestión, pero está claro que el Colegio de Registradores sí⁽¹²⁾. Se basa en usar pequeñas normas difusas y desapercibidas en leyes dictadas con otro objeto para provocar situaciones que modifiquen de facto el sistema de seguridad jurídica en interés propio ante el riesgo que viene de Euro-



pa. Algún autor se sorprendía de la ubicación de la asignación a los registradores al lado de otras normas totalmente ajenas. Es la técnica que ha sido habitual y es un ejemplo muy gráfico.

3.ª Los notarios que, a la vieja usanza, creen que en el buen servicio al ciudadano, en la atención constante a los despachos, en prestar el servicio con márgenes ya inasumibles, tenemos la salvación, yerran. **El tiempo dedicado al ciudadano no es valorado por la Administración. Sin lobby, no hay futuro.**

4.ª Los notarios que, a la nueva usanza, creen que haber asumido los numerosos costes informáticos de aplicaciones (como las de blanqueo de capitales, pero también, en el colmo del absurdo, de algunos registros que ahora se ve que acabarán en manos de registradores mercantiles o de la propiedad) o **haber asumido gratis de verdad los expedientes de nacionalidad hace unos meses** nos haría ganarnos el respeto y la confianza del Poder Público, yerran. **Dinero perdido. Sin lobby, no hay futuro.**

5.ª Aquella prudencia de alternar un Director General Registrador con un Notario pasó a la historia. Se suceden los registradores y nadie reequilibrará el sistema.

El Colegio de Registradores, contra toda lógica o medida, ha conseguido que se rompiera el consenso en una Ley técnica y neutra (la Ley nació con consenso y ahora se anuncian desde impugnaciones ante el Tribunal Constitucional hasta derogaciones, si hay cambio de Gobierno). Me quito el sombrero. Hay en algún sitio un «estratega» fantástico. Mi admiración, como la tienen los generales enfrentados, como Escipión por

Aníbal (aunque uno nunca haya pasado de mero vasallo) o Holmes por Moriarty (por poner un toque de humor). Flaco servicio al Gobierno.

Sea del color que sea el futuro Gobierno, siempre estarán mejor relacionados. Tienen más tiempo y recursos. Eso sí, carecen de la sana prudencia y de la medida de la que nosotros, quizás, tenemos incluso en exceso.

- (1) Nos parece imprescindible la lectura del documentado trabajo, que destaca entre otros muchos igualmente brillantes, de Javier Martínez del Moral, «La turbia privatización del Registro Civil», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 57, Sept.-Oct. 2014. <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-57/opinion/opinion/3866-la-turbia-privatizacion-del-registro-civil>>.
- (2) RD 1427 y 1427/1989, de 17 de noviembre.
- (3) No deja de ser extraño o poco justificable que una nota simple física tenga un coste y que esa misma nota telemática, donde no hay ni consumo de papel ni atención personal, cueste el triple. Sobre el cobro triplicado de la información registral telemática, remito a Javier Martínez del Moral, *op. cit.*
- (4) Remito al Catedrático José María Espinar Vicente, «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, n.º 7771, 2012.
- (5) José Juan Gallego Miró, «Reforma del Registro Civil», en *Món Jurídico*, n.º 291, Oct. 2014, págs. 14-15.
- (6) Martín Corera Izu, «De operadores jurídicos y el Registro Civil», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 57, Sept.-Oct. 2014.
- (7) Algunas indicadas por el Catedrático Francisco Cabrillo y alguna apuntada por el Registrador Juan José Petrel.
- (8) José Enrique Gomá Salcedo, *Derecho Notarial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- (9) <http://es.wiktionary.org/wiki/pagafantas>.
- (10) Juan José Petrel.
- (11) http://estaticos.elmundo.es/documentos/2014/09/28/carta_decano.pdf.
- (12) Vd. Javier Martínez del Moral, *op. cit.*

El futuro del Notariado.

Bases para un Plan Estratégico del Consejo General del Notariado en el periodo 2015-2016^(*)



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

El actual Consejo General del Notariado (CGN) se constituyó en diciembre de 2012. **Estos dos años (2013-2014), cuya valoración global no puede ser positiva**, externamente vienen marcados por los **desequilibrios en el sistema de seguridad jurídica preventiva y los ataques a la función notarial y a la escritura** (art. 41 de la Ley de Emprendedores y expresión manuscrita del art. 9 de la Ley de Protección de los Deudores Hipotecarios, entre otros) provenientes del Ministerio de Justicia y, en concreto, de la DGRN, en la etapa de Ruiz-Gallardón y Joaquín Rodríguez.

^(*) Exégesis del plan presentado en el pleno del Consejo General del Notariado del día 29 de noviembre de 2014. Es por ello que no se han tenido en cuenta hechos acontecidos con posterioridad a la fecha señalada

La culminación de esta desgraciada espiral es la **asignación del Registro Civil a los registradores, ante la pasividad del Consejo** y, sobre todo, de la Presidencia, incapaz de reaccionar ante la **trascendente gravedad** de esta decisión, tanto para el Notariado, al que le supondrá una **subordinación indefinida** ante el Registro, cuanto para el conjunto de la sociedad, para la que implicará un **incremento de tiempo y costes** no solo en los trámites ante el Registro Civil, sino, y sobre todo, en las gestiones ante el Registro de la Propiedad y el Mercantil, a consecuencia de la consulta constante y obligada de aquel a la que se va a ver sometido el tráfico mercantil e inmobiliario. Como es bien sabido, estos hechos fueron el detonante de mi dolorosa pero **inevitable renuncia a la Vicepresidencia** el pasado mes de junio, dada mi **frontal discrepancia con una política que considero desacertada**.

La situación interna está lastrada por otros problemas no menos importantes que están detrás de la difícil situación actual del Notariado. La **gestión marcadamente personalista** de la Presidencia está generando fuertes discrepancias de muchos decanos, lo que **está fracturando el Consejo**. La insistencia del mismo Presidente y su entorno (el próximo **Simposio**, por ejemplo) en querer imponer por todos los medios al CGN sus criterios en temas medulares que pretenden **alterar radicalmente el actual equilibrio corporativo** y que no son pacíficos en absoluto, como la **elección directa, dejando residuales los colegios**, está agravando todavía más la situación interna y **sembrando la división y la discordia**. En fin, **la falta de un proyecto y una estrategia claros** de hacia dónde debe ir el Notariado en los próximos años está



detrás del **rumbo errático** que se observa en la gestión de la dirección notarial.

En este estado de cosas, se celebró, el pasado día **29 de noviembre, un Pleno extraordinario del CGN en Oviedo**, con la idea, planteada por la mayoría de decanos, de debatir y analizar un **Plan Estratégico** que permitiese trazar las líneas maestras del futuro de la profesión para los próximos años. Personalmente, entendí que, como Decano del Colegio Notarial de Cataluña, era mi deber contribuir a ese foro con la aportación de un texto que reflejase mi análisis y perspectivas de la situación notarial. A continuación, paso a hacer una exégesis del **texto de bases** que presenté en dicho Pleno extraordinario, texto que contó con el apoyo de un grupo significativo de decanos y que fue enriquecido con las aportaciones de varios de ellos. Por su falta de interés para la comunidad jurídica en general, he suprimido aquellos pasajes de más estricto consumo interno notarial. En fin, como se decía en la introducción de la propuesta, la misma constituye **«una alternativa ilusionada a la falta de proyecto actual»**.

I. LÍNEAS DE ACTUACIÓN PRIORITARIAS

El Notariado ha ido consolidando un proyecto en distintas etapas de los últimos quince años. Se puede considerar, en conjunto, un **proyecto de modernización de la profesión**. No hace falta, como en ocasiones erróneamente se dice, pensar y diseñar un nuevo proyecto, sino, por el

contrario, **actualizar, completar, mejorar y seleccionar de cara al futuro unas líneas de actuación que han ido sedimentando los sucesivos equipos corporativos de los últimos años**. Los problemas que tiene la profesión, dejando aparte los meramente exógenos, derivan, sobre todo, de actuales **deficiencias en la gestión y del alejamiento de un proyecto notarial válido y ambicioso, así como de la incapacidad para desplegar todas las virtualidades de un modelo satisfactorio para la sociedad española del siglo XXI**.

Este modelo tiene y debe robustecer una serie de ejes clave y prioritarios:

1. La defensa firme de la función y la escritura públicas

La defensa firme de la función y la escritura públicas debe ser la principal prioridad. Los **ataques y desequilibrios en el sistema de seguridad jurídica preventiva en perjuicio del Notariado**, lamentablemente, han proliferado en los últimos tiempos, impulsados por los responsables del Ministerio de Justicia y de la DGRN. **Ha habido tibiezas y dejaciones por parte notarial**. Ahora se inicia una nueva etapa en el Ministerio de Justicia. Hay que aprovecharla para **ir a una etapa de mayor contundencia y determinación** en la defensa de la profesión, con **inteligencia y diálogo permanente**, pero dejando claro que no se tolerarán bajo ningún concepto nuevas brechas en el sistema. Es la única forma de que nos respeten y de obtener mejores resultados de la interlocución que los obtenidos hasta ahora. La coyuntura es difícil, sin duda, con un nuevo Director General también Registrador, pero los interlocutores tienen que percibir con claridad diáfana que se irá todo lo lejos que haga falta en este apartado. Todo ello sin perjuicio de **seguir luchando para reconducir y solucionar las disfunciones aprobadas en los últimos años**, en especial, las promulgadas bajo el anterior equipo ministerial del actual Gobierno. No se pueden dejar en el tintero de ninguna manera. **El Gobierno desequilibró el sistema y debe reequilibrarlo**.

2. Defensa de unidad de cuerpo

Como **axioma indiscutible** de la profesión. La Constitución define al Notariado como **cuerpo único estatal** y, por tanto, ese es el modelo innegociable que defen-

derá en todo momento el CGN, con pleno respeto a la Constitución, los estatutos, la ley y el Reglamento Notarial, demás leyes vigentes y la doctrina del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, el Notariado es un cuerpo único estatal y **es preciso que las competencias autonómicas se ejerzan de manera coordinada con el Ministerio de Justicia**. El modelo son los **concursos coordinados**, que están desarrollándose de manera correcta y aceptable para la profesión.

3. Transparencia, información y democracia interna

Los avances en el seno del Consejo de los últimos años han sido muy importantes en este capítulo. Los decanos no tienen **ninguna restricción de información**, tanto en el Pleno como respecto de las sociedades participadas, fundaciones vinculadas y la Mutualidad Notarial, algo que no había sido así en otras etapas. Pero hay que seguir avanzando en varias direcciones: suministrando toda la información a los decanos de manera habitual y ordinaria, aun sin necesidad de que sea solicitada, y buscando **fórmulas de mayor transparencia e información con los colegiados** dentro de los límites que permita la necesaria reserva y confidencialidad de los datos del Consejo. Por otra parte, dentro de una **reforma más amplia del Reglamento Notarial**, debe estudiarse la **reforma de la organización corporativa**, siempre y cuando **se preserve inexcusablemente el actual papel preponderante de los colegios y, en definitiva, se mantenga la vigente estructura y equilibrio de poder en el Consejo entre la Comisión Permanente y el Pleno**.

4. Potenciación del proyecto tecnológico

Uno de los grandes aciertos y éxitos del Notariado en los últimos quince años ha sido la gran apuesta por las nuevas tecnologías, en la que el Notariado **ha sido pionero y ha estado y está en la vanguardia** de las profesiones y de los cuerpos de la Administración del Estado. El proyecto tecnológico da al Notariado una **enorme centralidad**, con toda la potencia estratégica y derivada que supone el **Índice Único**, lo que le permite seguir avanzando en la generación, por parte de **ANCERT**, de nuevos **proyectos útiles para la Administración y la sociedad española**. Es irrenunciable la apuesta de seguir creciendo en este capítulo y **exprimiendo todas las potencia-**



lidades del modelo tecnológico notarial. Dudar en este punto sería un grave error. **Ningún paso atrás.** Algunas voces que reclaman una cierta involución están profundamente equivocadas y deben ser aisladas. Al contrario, hay que seguir avanzando con paso firme. El reto es hacerlo siendo al mismo tiempo los **proyectos cada vez más útiles para los notarios y para la profesión.** Y otro reto clave para un futuro cercano es la **matriz y el protocolo electrónicos.**

5. *Prioridad de la Sección de Internacional*

La globalización y la internacionalización de las relaciones jurídicas dan cada vez mayor importancia a la defensa de la función notarial y del modelo notarial español a nivel internacional. El CGN tiene que **seguir avanzando y consolidando posiciones en la buena labor de liderazgo que se está ejerciendo en los notariados de los países iberoamericanos.** Por otra parte, **la singularidad del modelo de Registro de nuestro país y el dinamismo de sus responsables en el escenario internacional** hacen imprescindible una **mayor dotación de medios materiales y personales** para mejor combatir y tratar de neutralizar sus proyectos y áreas de influencia. La creación y dotación de una **Delegación del Notariado Español en Bruselas** es absolutamente imprescindible e inaplazable. Estamos perdiendo un tiempo precioso, dando vueltas y más vueltas, con demasiadas dudas e indecisiones, dejando sin ejecutar un acuerdo unánime y terminante del Pleno del Consejo. Además, la Unión Europea genera cada vez un mayor volumen de legislación que nos resulta aplicable y las presiones liberalizadoras son crecientes y cada vez más peligrosas. **A todos los efectos, el ámbito europeo debe ser considerado ya un ámbito interno para el Notariado español,** debiéndose actuar en consecuencia. Por la importancia de la Sección, resulta fundamental **recuperar la figura del Decano responsable de la Sección,** que impulse una estrategia de conjunto, coordine los excelentes equipos con que cuenta la misma y facilite la transmisión de información entre el Pleno del Consejo y los miembros de la Sección. Es clave la **distinción entre aspectos técnicos y decisiones políticas,** correspondiendo la adopción de estas últimas únicamente al Pleno del Consejo, como legítimos y democráticos representantes del conjunto de los notarios.

6. *Medidas para garantizar la viabilidad económica de las notarías*

Las **dificultades económicas de los notarios** en la larga presente etapa de aguda crisis, sumadas a la **no actualización y a las numerosas rebajas arancelarias aprobadas en los veinticinco años de vigencia del arancel notarial,** hacen necesario que los órganos directivos notariales sean sensibles y estén atentos a **buscar fórmulas** que solucionen o, cuando menos, atemperen dichos problemas. La **Demarcación** que está previsto aprobar próximamente será, sin duda, una medida muy importante, y la **Ley de Jurisdicción Voluntaria,** actualmente en fase de tramitación parlamentaria, también será un instrumento eficaz en la misma línea, en la medida que atribuye nuevas e importantes competencias a los notarios. **Ambos proyectos son de largo impulso, provenientes de Plenos anteriores.** El Notariado tiene un papel importante que jugar en la solución alternativa de conflictos, campo en que el CGN ya ha conseguido logros importantes, como en la **Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Familiares de 2012** y en la **reforma de la Ley de Arbitraje de 2011,** en la que se consiguió que los notarios, entre otros profesionales jurídicos, pudiesen ser árbitros de Derecho. Otras propuestas acordadas por el Pleno del Consejo, como **la revisión del arancel y el alargamiento de la edad de jubilación,** aunque son de difícil ejecución en la presente coyuntura, **no debe renunciarse a ellas y deben mantenerse en espera de un momento más favorable** para su ejecución. De ahí que deba potenciarse la labor de la Comisión de Aranceles, quedando encargada de poner en marcha la elaboración de un proyecto de arancel que, teniendo en cuenta la experiencia de otros países de nuestro entorno, la realidad social y económica de este siglo y la misma evolución de la función y el documento notarial, pueda ser presentado por el mismo Notariado en el momento que sea políticamente oportuno.

7. *Reforzamiento de las estructuras del Consejo*

Este es uno de los capítulos que exige un mayor desarrollo de cara el futuro, aunque ya se han sentado las primeras bases en los últimos años. La **magnitud de los retos** a los que tiene que enfrentarse el Notariado en la sociedad actual exige la **máxima destinación de medios personales y materiales y una creciente profesionalización.** Ello exige trabajar en varias direcciones a la vez:

— Secciones delegadas y comisiones

Es imprescindible que el Notariado aproveche todas las sinergias y capacidades que anidan en su interior y que sea socialmente proactivo en la formulación de propuestas. En los últimos años, **se han creado diversas comisiones.** Pero es necesario crear otras, como la **Legislativa,** llamada a tener una gran importancia, y, en general, dar un mayor impulso a todas ellas y a las secciones. Se han presentado en el Pleno sendos **proyectos de potenciación de la Sección de Publicaciones y de la Fundación Cultural del Notariado,** que, por su interés, precisan implementarse cuanto antes.

Uno de los grandes aciertos y éxitos del Notariado en los últimos quince años ha sido la gran apuesta por las nuevas tecnologías, en la que el Notariado ha sido pionero y ha estado y está en la vanguardia de las profesiones y de los cuerpos de la Administración del Estado

En términos generales, lo que procede es una **reestructuración y modernización profunda, sobre todo de las secciones delegadas,** que en muchos casos se han ido creando a lo largo de los años sin una determinación clara ni de funciones, ni de potestades delegadas en las mismas por el Pleno, ni de coordinación de competencias entre ellas. Un ejemplo son los cursos y congresos distribuidos aleatoriamente entre la Sección de Publicaciones y la de Comunicación. En la actualidad, incluso se encuentra vacante la Dirección de las secciones delegadas de Publicaciones e Internacional.

— Relaciones institucionales

En los últimos años, se le ha dado un impulso muy importante a este capítulo, que es fundamental para el éxito de las gestiones político-corporativas del Notariado. Las relaciones con las principales instituciones del país, los interlocutores sociales, altos cargos de la Administración, medios de comunicación y partidos políticos son prioritarias y clave para el futuro de la profesión. Hay que **seguir avanzando en esta línea, potenciando, planificando y profesionalizando cada vez más esta Sección,** de



manera que no se queden estos contactos en meras relaciones públicas. Ello supone realizar una labor general de planificación, a corto y a medio plazo, identificando órganos, unidades y departamentos de la Administración del Estado, así como un trabajo de equipo antes de cada visita, clarificando las áreas de trabajo del invitado, sus funciones y competencias, los temas en los que puede ser útil y los aspectos en los que podemos aportar valor nosotros desde el Consejo.

— Política de comunicación

Debe **potenciarse más la comunicación interna**, por una cuestión básica de **transparencia e información con los colegiados**, y también, de manera muy especial, la **comunicación externa, a través de los medios de comunicación**. Actualmente, está en marcha una **campaña profesionalizada de divulgación de la profesión iniciada bajo la Presidencia anterior**, lo que es necesario y acertado y en lo que cabe persistir de manera continuada en el futuro, pero es preciso **ir mucho más allá en la presencia y el posicionamiento político en los medios de comunicación** de los principales acuerdos del Pleno, como instrumento capital para influir socialmente en las materias de interés notarial. Así mismo, el Notariado, si quiere incrementar su influencia social, de manera ponderada y prudente, deberá irse posicionando de manera creciente sobre los distintos temas jurídicos y económicos, aun no estrictamente notariales, con la finalidad de **consolidarse como un referente de primer orden** en dichos ámbitos. Para ello, habrá que **explorar nuevas posibilidades de comunicación y las oportunidades que brindan las redes sociales**, siendo de gran utilidad la experiencia en comunicación de otros notariados de nuestro entorno.

— Contratación de despachos externos

Hay que superar un cierto **amateurismo** imperante en la profesión y **alcanzar la plena profesionalización también en este ámbito capital**.

8. *Apuesta creciente por la dimensión social del Notario*

El Notario cumple una **importante función social de defensa de la parte contratante más débil**, como destaca el propio Reglamento Notarial. Este aspecto de la profesión, en el que también destaca la función de **asesoramiento reequilibrador del Notario**, cada vez adquiere una mayor importancia en las sociedades española y europea, donde **la legislación y la jurisprudencia de protección de los consumidores adquieren cada vez un mayor relieve** y protagonismo. El Notario está llamado a desempeñar, cada vez con más fuerza, un **rol capital en este campo**, teniendo bien presente que si ese espacio protector del consumidor no se desarrolla con toda la intensidad que pide la sociedad actual, será ocupado por otros operadores. Es misión de los órganos corporativos liderar este proceso de manera, perfectamente plausible, que no se entre en colisión con las entidades financieras, con las que el Notariado tiene importantes puntos de coincidencia, en defensa del vigente sistema jurídico y de garantías.

En esta línea, se han puesto en marcha, en los últimos tiempos, en el Consejo, la **Comisión de Consumidores** y su proyecto más emblemático, el **OCCA**, que, bajo estos parámetros, debe impulsarse progresiva y definitivamente en los próximos meses en toda su intensidad. En esta misma dirección, resulta crucial que el Notariado ahonde internamente y con **todo rigor en la máxima exigencia deontológica y disciplinaria**, de manera que pueda seguir gozando de la **máxima credibilidad**, a fin de poder desempeñar ese papel crucial en el ámbito social de los consumidores. La **Comisión de Disciplina y Deontología**, creada en los últimos años, debe jugar un papel muy relevante en este capítulo. Recientemente, ha impulsado la aprobación de un valioso **Código Deontológico**, y ahora debe acometer prioritariamente una **propuesta de modificación legislativa de la normativa disciplinaria**, pues es bien conocido

que la regulación actual resulta muy insuficiente.

II. MEDIDAS

1. *Cambiar el sistema de una Presidencia personalista*

Cambiar el sistema de una Presidencia personalista, de una parte. Por otra, que trabaje en equipo, de manera colegiada, que reparta responsabilidades, pero, a la vez, que **coordine y lidere, generando discurso externo e interno**, con base en los acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente. El **modelo presidencialista** no responde a las exigencias de una **corporación moderna, participativa y plural**, y, objetivamente, al generar la desafección de muchos, acaba **fracturando y dividiendo** al colectivo. Se trata de implantar un **modelo horizontal, participativo, integrador, dialogante** y capaz de generar **amplios consensos**, que aproveche toda la potencialidad de los medios humanos del Consejo y de los **decanos** integrantes del mismo.

2. *Pleno funcionamiento de los órganos del Consejo, transparencia, información y control*

— **Potenciar el papel de la Comisión Permanente como órgano ejecutivo del Consejo**, que, como tal, ahora ha dejado de funcionar. **La Presidencia actual defiende un modelo de órgano meramente consultivo o informativo**. Y, sin embargo, en la actualidad, su rol es fundamental e insustituible en **la formulación de propuestas al Pleno y en la ejecución de los acuerdos de este**. Ese es el modelo que se defiende y el que se debe impulsar. Sumar, siempre sumar y contar con las capacidades de todos.

— De acuerdo con lo anterior, buscar fórmulas para convalidar, llegando a resultados similares y ajustándolo a la legalidad vigente, en su caso, **un acuerdo adoptado por el Pleno de delegación a la Permanente de la ejecución de acuerdos**, que se ha ido dejando en el dique seco. **La falta de ejecución de acuerdos del Pleno es uno de los problemas importantes y graves que ha tenido el Consejo en esta última etapa**, que para un funcionamiento regu-



lar de la institución debe ser subsanado cuanto antes.

- Clarificación y **delimitación de las funciones estatutarias del Secretario** del Consejo.
- Celebración habitual de **dos plenos mensuales**.
- **Comunicación a los decanos de toda la información de que dispone la Comisión Permanente**, incluidos el orden del día y la documentación de las reuniones. Todos los decanos han de tener la misma información.
- **Ejecutar los diversos acuerdos del Pleno pendientes de ejecución desde la constitución del presente Consejo**, en la medida en que todavía sean susceptibles de ello.

3. *Reforzamiento de las secciones y comisiones del Pleno*

- **Reorganización de las secciones delegadas existentes en la actualidad**, clarificando sus funciones y las competencias que el Pleno delega en las mismas, así como su estructura interna.
- **Reunión mensual de presidentes de Comisión y delegados de Sección**. Ha de ser un órgano consultivo de debate, generación de propuestas y estrategia, así como de coordinación de actuaciones. Los decanos habrán de recibir información mensual de cada una de las comisiones y secciones delegadas.
- **Impulso de la Sección de Publicaciones**, designando de forma inmediata un Delegado Director de la misma y del proyecto de la Fundación Cultural del Notariado, con los programas que se presentaron y aprobaron en el Pleno.
- **Reestructuración de la Sección de Internacional, designando de forma inmediata un Delegado de Internacional**. El Presidente no puede llegar a todo y, sin perjuicio del Pleno y obligado respeto de las funciones representativas que le corresponden, hace falta un Decano que coordine e impulse las actividades de esta Sección bajo las directrices del Pleno.
- Creación y fuerte impulso de la **Comisión Legislativa y de Relaciones con**

las Cortes, con técnicos, decanos y notarios.

- Asignación de responsabilidades a un **Decano Miembro de la Comisión Permanente en la coordinación del funcionamiento interno** de los medios materiales y personales del Consejo.
- **El objetivo a alcanzar es que cada Decano tenga al menos un área del Consejo bajo su responsabilidad**, sea Comisión, Sección, Fundación o Sociedad.

4. *Transparencia e información de los decanos y colegiados*

- Creación de **un grupo de trabajo para impulsar medidas de mayor transparencia e información para con los colegiados**.
- Impulso de la **Comisión de Reforma del Reglamento Notarial**, para el estudio de la organización corporativa y otras medidas necesarias. Son los decanos y el Consejo quienes tienen la legitimidad y responsabilidad de liderar las reformas.
- Impulso de la **reforma del Reglamento de Régimen Interior**, para incluir medidas de mayor transparencia e información sobre el Consejo para los decanos y colegiados, así como la plena adaptación de aquel al vigente Reglamento Notarial.
- **Convocar, a título informativo, a todas las plataformas y asociaciones** para que se posicionen con relación a estos puntos.
- **Edición mensual del Boletín Informativo de la Comisión Permanente**.

5. *Líneas nuevas de política corporativa*

- Iniciar **una etapa de mayor firmeza y contundencia en defensa de la función** ante el Ministerio de Justicia. Los interlocutores deben tener la seguridad de que se está dispuesto a ir más lejos que hasta ahora, todo lo que haga falta, en respuesta a determinados ataques. Con serenidad e inteligencia, pero enérgicamente.
- **Exigir con toda determinación un cambio en la línea de la DGRN**, hasta ahora de descarada decantación pro registral. Hay que actuar con la máxima firmeza en la recuperación del equilibrio

entre las dos corporaciones, tanto en el número de colaboradores como en la doctrina de las resoluciones y en los textos legislativos que se impulsen desde el Centro Directivo.

- Aunque se haya aprobado **la asignación del Registro Civil a los registradores, seguir combatiendo esta medida**, que no entrará en vigor hasta julio de 2015. Hay que **transmitir con claridad y firmeza (lo que no se ha hecho hasta ahora) la oposición del Notariado** a esta medida. Es perfectamente posible conseguir su neutralización, pues la legislatura ya está en la recta final y existe una fuerte oposición social, pero hay que dar de una vez un giro a la tibia política notarial en este punto, al igual que en otros.

La falta de ejecución de acuerdos del Pleno es uno de los problemas importantes y graves que ha tenido el Consejo en esta última etapa, que para un funcionamiento regular de la institución debe ser subsanado cuanto antes

- Elaboración de un plan de actuación para seguir impulsando, de manera continuada e intensa, la **fusión de cuerpos con los registradores**, según acuerdos del Pleno, hasta alcanzar el objetivo, **beneficioso también para el interés general**. Será un proceso lento y lleno de obstáculos, pero es una prioridad irrenunciable en la que hay que insistir persistentemente. A medio plazo, es una medida que **resulta inevitable para garantizar a la sociedad española el óptimo funcionamiento de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva**.
- **Máxima prioridad a las relaciones con la Judicatura, en especial, con el CGPJ y el Tribunal Supremo**. El objetivo es matizar, **modalizar y, en definitiva, modificar la línea jurisprudencial de las salas primera y tercera del Tribunal Supremo**, que, después de **negar el control de legalidad al Notario**, están **reduciendo peligrosamente en diversas sentencias de los últimos años la función notarial a una mera formalidad de carácter funcional**. Así mismo, **los informes que emite el CGPJ sobre los anteproyectos de ley** están



teniendo un marcado **sesgo pro registral y antinotarial** muy preocupante que hay que combatir con una combinación de habilidad, medios y más contundencia. No se ha abordado con la urgencia y la importancia decisivas que tiene este grave problema. Como en otros ámbitos, hay que dar aquí un **giro de mayor ambición y persecución de resultados tangibles en la política del Consejo**. La función notarial y el sistema de seguridad jurídica son **uno de los pilares del Estado de Derecho**, y resulta preocupante que uno de los tres poderes del Estado, el Poder Judicial, vaya debilitándose progresivamente en sus sentencias con una lectura, cuanto menos discutible, de la legislación vigente.

La clave de un buen Plan Estratégico está en obtener la traducción legislativa de los objetivos corporativos. Es preciso determinar y concentrarse en la consecución de unos objetivos realistas pero muy claros y ambiciosos

- **Mutualidad Notarial. El poder decisorio hay que devolverlo al Pleno del CGN**, que es el que directa o indirectamente ha de tener la última palabra, más allá de la autoría en la decisión formal. La Junta del Patronato es íntegramente nombrada por el Pleno y depende, por tanto, de dicho órgano. Hay un acuerdo por unanimidad del Pleno en el punto nuclear de los criterios de cálculo de la pensión complementaria que ha sido preterido por la Junta del Patronato, lo

que constituye un problema político-corporativo de primer orden que es ineludible e imprescindible subsanar.

7. *Objetivos legislativos*

Al final, la clave de un buen Plan Estratégico está en obtener la traducción legislativa de los objetivos corporativos. Es preciso determinar y concentrarse en la consecución de unos objetivos realistas pero muy claros y ambiciosos:

- No se puede pasar página. Hay que exigir con tozudez la **reconducción de las normas aprobadas en los dos últimos años que debilitan la escritura y/o permiten el acceso del documento privado al Registro**. Se trata, fundamentalmente, del art. 41 de la Ley de Emprendedores y de la escritura de constitución de sociedad con campos parametrizados de la misma Ley, expresión manuscrita del art. 9 de la Ley de Protección de los Deudores Hipotecarios y acceso de la hipoteca naval en documento privado (con efectos ejecutivos) al Registro.
- **Vigilancia extrema de los anteproyectos y proyectos de ley de marcha**, a los efectos de evitar que se apruebe ningún otro precepto similar a los anteriores. Hay que transmitir muy claramente la idea que ello sería absolutamente inaceptable para el CGN y se reaccionaría en consecuencia.
- Conseguir la **aprobación de la Demarcación notarial y el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, como mínimo, en los términos en que se encuentran actualmente estos textos**. No transigir de ninguna manera en rebajar el listón notarial de dichos proyectos.

- **Aprobación de una reforma global del Reglamento Notarial.**
- **Aprobación de una reforma de la normativa disciplinaria.**
- **Paralizar la asignación del Registro Civil a los registradores, según todo lo dicho anteriormente.**
- **Hay dos asignaturas pendientes e imprescindibles cuyo diferimiento sistemático está perjudicando gravemente el interés general: aprobación legislativa del reconocimiento legal del control de legalidad notarial y hacer efectivo y operativo el acceso online del Notario a los libros del Registro.**

Eso es todo lo esencial ahora mismo. Al mismo tiempo, hay que tener muy estudiados y trabajados textos sobre materias clave para el Notariado, difíciles de conseguir a corto plazo (aunque no imposible), pero que a medio plazo son objetivos estratégicos clave para la profesión: **fusión con los registradores, Ley de Seguridad Jurídica Preventiva, Ley del Notariado, nuevo arancel y alargamiento de la edad de jubilación.**

No vamos bien. A la vista está para el que quiera ver. Es un error resignarse con fatalismo al progresivo **deterioro de la profesión**. Otra política notarial es posible. Es perfectamente plausible **enderezar el rumbo**. Pero hay que tomar una serie de decisiones que impliquen el viraje hacia **una nueva política, básicamente, de mayor firmeza hacia afuera y mayor consenso hacia adentro**. Una nueva política que, mejorando todo lo que haya que mejorar, **preserve como un tesoro el histórico modelo actual corporativo basado en la unidad, desde la fuerza de la diversidad de los colegios, trabajando todos juntos en pie de igualdad**. No es verdad que esté fallando el modelo: están fallando las personas. Una nueva política, en definitiva, que cuente con **unos objetivos y un liderazgo claros**, que ahora no existen.

El Notariado es **una gran profesión, con una historia más que centenaria** detrás que le avala. **Bien dirigido, puede seguir siendo útil a la sociedad española, desde un puesto preferente, durante mucho tiempo.**



«Hay que evitar un Notario que dependa exclusivamente del mercado»

Pierre Becqué

Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: David Farrán

Pierre Becqué (Montpellier, 1945) se licenció en Derecho en 1966 por la Universidad de Montpellier, donde posteriormente se diplomó en Estudios Superiores de Derecho Público, en Estudios Superiores de Derecho Privado y como *Juriste Conseil d'Enterprises*, ámbito al que dedicó los primeros años de su carrera profesional. En 1980, ingresó en el Notariado como *Clerc de Notaire*, figura que constituye el principal ayudante del Notario en Francia, hasta erigirse en Notario de San Martín de Londres en 1983. Posteriormente, ocupó plaza en Montpellier y en Tourcoing hasta 2011, año en que se jubiló.

A lo largo de su trayectoria, ha sido Presidente del Movimiento Joven del Notariado (1988), Presidente del Instituto Notarial de Patrimonio, Vicepresidente del Consejo Regional de Notarios de Norte-Paso de Calais y ha desarrollado numerosos proyectos en el marco del Notariado internacional como Secretario de la Unión Internacional del Notariado (2010-2013), entre otras responsabilidades. Tras una etapa en la Vicepresidencia, actualmente es el Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado, con sede permanente en el Colegio Notarial de Cataluña.



Entrevista

P: En febrero de 2014 asumió la Presidencia de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) tras la etapa presidida por Mario Miccoli. ¿Qué balance hace de estos primeros meses?

R: Es difícil hacer balance de un periodo de tiempo tan breve, porque el Notariado es un trabajo de larga distancia. Lo primero que estamos haciendo es terminar los trabajos que empezó mi predecesor con el objetivo de hacer de la CAE un instrumento

útil para todos los notarios que forman parte de ella. El primer aspecto es el de la formación, en el que trabajamos en dos líneas: una, a través de la Academia Notarial Europea y, otra, a través de los grupos de trabajo que se forman en el seno de la propia Comisión. El trabajo de la Academia nos permite estar en contacto y establecer vínculos con la sociedad civil y con otros operadores jurídicos, como la Universidad. En cambio, los grupos de trabajo internos van dirigidos más directamente a los notarios y a nues-

tra forma de trabajar. Y el segundo aspecto es fomentar el valor institucional de la Comisión, su cariz político, entendido como la relación con otros estamentos o con los distintos notariados de diferentes países.

La CAE, que incluye a los veintidós notariados miembros de la Unión Europea, está plenamente legitimada para poder tener una relación directa con la Comisión Europea



P: ¿Cuáles son los principales retos que se ha fijado la Comisión para el periodo 2014-2016?

R: Uno de los primeros desafíos es encajar dentro de nuestra Comisión a los notariados aceptados como nuevos miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), como, por ejemplo, Kosovo, que por primera vez ha asistido a nuestra reunión en Barcelona, o Armenia y Georgia, que son miembros recién incorporados. Acogerlos y que formen parte de nuestra Comisión. Otro desafío es establecer y regular las relaciones entre la CAE, que es una comisión de la UINL, y el CNUE, que es el Consejo de los Notariados de la Unión Europea. Es importante tener en cuenta que la CAE es más amplia, ya que incluye a todos los países en el seno del Consejo de Europa, no solo estrictamente a los de la Unión Europea. Por ello, nosotros tenemos treinta y nueve miembros, mientras que la CNUE tiene veintidós. Otro de los objetivos es mejorar las relaciones entre estas dos estructuras y favorecer el objetivo común, que es la defensa del Notariado. Precisamente, el próximo Presidente de la CNUE será francés, de modo que los presidentes de ambas instituciones lo seremos —de forma casual, ya que, de hecho, Francia ocupará la Presidencia de la CNUE gracias a que Bulgaria se la ha cedido—, y estoy seguro de que ello supondrá una mejora del entendimiento entre ambas comisiones.

P: ¿Cómo es actualmente la relación entre la CAE y el CNUE?

R: Entre ambas comisiones existe una única dificultad, que viene marcada por el hecho de que la CNUE no reconoce la



capacidad política de la CAE, entendiendo *capacidad política* como la legitimidad para actuar como interlocutora con los poderes públicos. Pero el hecho de que la CAE incluya en su seno también a los veintidós miembros de la Unión Europea la legitima plenamente para poder tener una relación directa con la Comisión Europea.

P: ¿Qué peso tiene la CAE en el marco global de la Unión Internacional del Notariado?

R: Creo que tiene una importancia que viene dada por el peso específico de los miembros que forman la CAE y, además, por el hecho de que la situación europea tiene una especial importancia geopolítica respecto de países de Oriente Medio donde existe una relación notarial, jurídica y política, como en Georgia, Armenia o Azerbaiyán, por ejemplo. Es importante destacar que el Notariado es una profesión de paz y que, dentro de la CAE, tenemos a países que están en conflicto —como Rusia y Ucrania—, pero que sus delegados trabajan en perfecta armonía.

P: ¿Cuál es el principal hecho diferencial del Notariado europeo respecto del de otros continentes?

R: Hay diferencias muy claras, sobre todo porque el Notariado europeo es muy antiguo y cuenta con mucha tradición. El francés, el español o el italiano, por ejemplo, somos notariados muy antiguos, de siglos, y ejercemos influencia sobre otros países más modernos, muchos de ellos miembros de nuevos notariados. Nuestra tradición notarial es muy fuerte y nuestra tradición jurídica europea tiene algo en común que trasciende y que nos diferencia de otros países que no tienen esa tradición común.

P: ¿Cuál es el objetivo general de las reuniones plenarias de la Comisión?

R: El objetivo general de las reuniones plenarias es servir de correa de transmisión entre el Notariado de cada país y la propia Unión Internacional. En cada reunión plenaria, hacemos un repaso para ver cuáles son las novedades legislativas en cada país y, sobre todo, ver las dificultades que cada Notariado puede encontrarse. Estas reuniones sirven para que precisamente aquellos notariados que pueden encontrar dificultades puntuales pidan ayuda al colectivo y

reciban la solidaridad del resto a través de la CAE. También trabajamos sobre temas jurídicos de interés general para el Notariado, en los que es muy interesante que cada uno exponga un tema y se busque la coordinación entre posibles diferencias marcadas por las distintas legislaciones. Por ejemplo, en la reunión de Barcelona, los tres grupos principales de trabajo estaban coordinados por un turco, un alemán y un belga, lo que da muestra de esta riqueza.

P: ¿Cuáles han sido las principales líneas de trabajo y los objetivos de la reunión plenaria celebrada en el Colegio Notarial de Cataluña?

R: La primera línea de trabajo ha sido la certificación, legalización y autenticación, en la que hemos puesto en común todos aquellos medios que permiten facilitar la circulación de los documentos y hemos comparado los sistemas y los requisitos de cada país para la admisión de los documentos. La segunda línea fue la evolución del Derecho de Familia, ámbito muy importante en el que los notariados de todos los países miembros de la CAE realizan una actividad esencial. Es un ámbito de competencia propio del Notariado, especialmente del europeo, y por ello estamos muy atentos a las evoluciones de la propia familia, para ver cuáles son sus consecuencias jurídicas y analizar el distinto tratamiento que tienen en distintos países —por ejemplo, las parejas de hecho o el matrimonio homosexual. Todo ello pensando siempre en cómo facilitar la circulación de europeos de un país a otro y analizando la trascendencia y las consecuencias de que algo esté aceptado en un país y no en otro. También tratamos, en un punto de trabajo, la competencia desleal en que podría incurrirse en el ejercicio de la profesión, las manifestaciones de esta competencia desleal y la forma de evitarla y de corregirla.

P: ¿Cuáles son las principales aportaciones de la CAE en este último año?

R: La principal aportación de la CAE es que muchos de los temas que después se estudian globalmente en la Unión Internacional del Notariado, previamente, han sido estudiados en nuestra Comisión. Por ejemplo, los temas que se tratarán en el futuro 28.º Congreso Mundial de París, que se celebrará en octubre de 2016, han sido sugeridos y tratados previamente en nuestra Comisión.

P: ¿Cuáles son las incorporaciones más recientes a la CAE? ¿Y cuál será la próxima?

R: Las últimas incorporaciones han sido Kosovo, Montenegro y Ucrania. Por otro lado, si todo va bien, la próxima será Serbia, que ha sido precisamente el último país de Europa Central en tener Notariado. Su Notariado empezó a trabajar el 1 de septiembre de 2014.

P: ¿Cómo valora la designación de Barcelona como sede semipermanente de la Comisión?

R: Partiendo de que Barcelona está magníficamente comunicada con muchos países y de que hay muchos vuelos y a buen precio, es impresionante la disposición del Colegio Notarial de Cataluña y de su Decano a albergar la Comisión. Han puesto todos los medios necesarios para facilitar la celebración de las reuniones, y cada vez que surge una nueva sugerencia, hacen lo posible por aceptarla. También es muy de agradecer el esfuerzo que hace todo el personal del Colegio por estar a nuestra disposición y facilitarnos el trabajo.

Nuestra tradición notarial es muy fuerte y nuestra tradición jurídica europea tiene algo en común que trasciende y que nos diferencia de otros países que no tienen esa tradición común

P: En cuanto a la Academia Notarial Europea, ¿cuál es su principal objetivo?

R: La Academia tiene dos grandes objetivos. Por un lado, la formación de los notariados miembros de la CAE, sobre todo, de aquellos países con notariados más recientes, como Armenia, que piden una determinada formación sobre temas concretos. Y, por otro lado, tiene una vertiente propiamente académica, que consiste en la organización de sesiones académicas con la presencia de personalidades de la Universidad o del mundo jurídico. Siempre se tratan temas que puedan interesar al Notariado, pero desde una perspectiva que permita dar a conocer al Notario y valorarlo. De las dos sesiones



Entrevista

anuales que celebra la CAE, una tiene por objeto propiamente la formación y otra, la que celebramos en Barcelona, tiene como objetivo principal la celebración de un acto científico-académico como el que tuvo lugar en esta última reunión.

P: ¿Se ha trabajado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria?

R: Esta no es una misión propiamente de la CAE, sino una reflexión propia de la Unión Internacional, aunque desde la Comisión hemos reflexionado y tratado estos temas, y también hemos hecho estudios comparados de competencias de notarios, ya que no todos tienen competencias en materia de jurisdicción voluntaria. En España, está claro que próximamente se tendrán más competencias.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica en España? ¿Y en Europa?

R: En este terreno, conozco bien la situación de España, porque precisamente compré una casa aquí y utilicé los servicios notariales de este país. Nunca he oído decir que haya un problema con la seguridad jurídica en España; es un país donde el Notariado funciona muy bien. Pero, por desgracia, no puedo decir lo mismo de toda Europa, ya que hay países donde existe una cierta incertidumbre respecto de la autenticidad y donde hay efectos falsos. Es

decir, el nivel de seguridad jurídica no es igual en todos los países que son miembros de la CAE. Nosotros precisamente trabajamos para que lo sea y para nosotros es un estímulo trabajar para fomentar la seguridad de los documentos auténticos. Por ello, hemos puesto en marcha un proyecto como el sello de seguridad, proyecto que ha asumido la Unión Internacional pero liderado por miembros de nuestra Comisión.

P: ¿Cuál debe ser la relación existente entre los notariados afines al sistema *Civil Law*, o Notariado latino, y los afines al *Common Law*?

R: Es un tema importante y muy difícil, porque hay muchos países del sistema *Common Law* que tienen una profesión a la que llaman *Notario*, aunque, obviamente, no son notarios en el sentido latino y tradicional del término. No son notarios porque no autorizan actos auténticos, no autorizan escrituras y sus documentos no tienen un valor especial. De hecho, este no es un problema específico de la CAE, sino más bien de la propia UINL. En la propia Unión Internacional, existe un debate abierto y difícil acerca de si debe convertirse en una unión mundial de notarios —y comprender a todos los que se llamen *notarios*— o bien, por el contrario, la UINL debe continuar como hasta ahora

y aceptar únicamente como miembros a aquellos notariados que sean de tipo latino. Actualmente, la opción de la UINL es continuar como la Unión Internacional del Notariado Latino, pero queremos poner en marcha sistemas de colaboración y acercamiento con otros notariados. Un ejemplo de ello es la puesta en marcha de lo que llamamos la *task force* mundial, que es un grupo de trabajo que va a reunir a la vez a notarios del tipo anglosajón —como los ingleses, los galeses o los escoceses— y a notarios de nuestro sistema, para ver cuáles son los puntos de acercamiento y conocerse mejor.

P: ¿Cómo debe ser el Notario del siglo XXI?

R: Creo que el Notariado y los notarios deben ser servidores del interés público y estar a disposición de los ciudadanos de su país. Ello supone tener a la vez la confianza de su Estado, del poder público, y la de sus ciudadanos. Lo que hay que evitar es un Notario que dependa exclusivamente del mercado. Los servicios jurídicos notariales, de autenticidad, no son una mercancía.

El Notariado y los notarios deben ser servidores del interés público y estar a disposición de los ciudadanos de su país. Ello supone tener a la vez la confianza de su Estado, del poder público, y la de sus ciudadanos

P: Para finalizar, ¿qué mensaje lanzaría al Notariado europeo en estos momentos?

R: Que el Notario permanezca al servicio de los ciudadanos. Por lo tanto, tiene que escuchar a los ciudadanos, tener con ellos una relación directa y personal. Hay que aprovechar las nuevas tecnologías, pero que estas no impidan el contacto personal con el ciudadano, con nuestros clientes. Hay muchos notarios que piensan que por ser tecnológicamente avanzados, son mejores, y pierden el trato humano. Es fundamental la radicación, el arraigo y la implicación del Notario en la sociedad.





«Es muy importante que notarios y abogados entiendan que la mediación es una oportunidad para ellos»

James South

Director del CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution)

AUTORA: Sandra Purroy
FOTÓGRAFA: Montserrat Fontich

James South (Nueva Zelanda, 1970) se licenció en Derecho en 1994 y, tras ejercer unos años como Abogado, comenzó su carrera como mediador en el Ministerio de Justicia, en Auckland. En 1999 se trasladó a Londres, donde estudió el Master in Law in Dispute Prevention and Resolution de la Universidad de Westminster. El año siguiente entró a formar parte del Centre for Effective Dispute Resolutions (CEDR), la institución europea de referencia en mediación, desde donde ha liderado proyectos en todo el mundo, sobre todo en el ámbito mercantil.

En el transcurso de su dilatada trayectoria, ha desarrollado cursos de formación en instituciones y universidades de prestigio mundial —entre ellas, el Colegio Notarial de Cataluña— y ha sido asesor, entre otros, del Banco Mundial, la Foreign and Commonwealth Office, el Ministerio de Justicia de Bosnia-Herzegovina o los tribunales de Sindh, en Pakistán. Actualmente, es el Director global de Formación y Asesoría de la CEDR.



Entrevista

P: ¿Cuál es el principal objetivo de la CEDR?

R: Nuestro principal objetivo es ayudar a las empresas y a las personas que están en conflicto a resolverlo a través de una vía mejor que los Tribunales. Lo que hacemos es ayudar en las negociaciones para llegar a un acuerdo que sea bueno para las dos partes y mejor que una orden de los Tribunales.

Las principales ventajas de la mediación son menos tiempo, menos coste y la posibilidad de mantener las relaciones de las partes que están en negociación

P: ¿Cuáles son las principales ventajas de la mediación?

R: Las principales ventajas son, en primer lugar, que requiere mucho menos tiempo que los Tribunales: suele ser muy rápida. Una mediación puede durar un solo día o, como mucho, un mes, mientras que en los Tribunales suelen ser años. La segunda ventaja es el coste. El coste de un mediador por día y el de los abogados —que, en mediaciones comerciales, están presentes— es mucho menor que el de años de procedimientos en los Tribunales. Y otra ventaja importante es que permite mantener las relaciones de las partes que están en negociación. Si acuden a los Tribunales, seguro que van a destruir la relación, mientras que, si pueden mediar, es posible mantener una mejor relación y poder continuar estableciendo negocios con esas empresas.

P: ¿En qué países y en qué ámbitos la mediación está en una fase más avanzada?

R: La mediación empezó en los países anglosajones: en Estados Unidos y, después, en Inglaterra, Nueva Zelanda y Australia, que es donde llevan más ventaja. Pero ahora está presente en todo el mundo. La CEDR trabaja en África, en Asia y, ahora, muchísimo más en Europa, tras la Ley europea de Mediación, que permite que si tienes un conflicto en este continente, el acuerdo de mediación sea válido también en otro país de la Unión Europea. En estos momen-

tos, en Europa cada país cuenta con su Ley de Mediación. En el caso de España, una ley que es válida tanto para conflictos dentro del propio país como en cualquier parte de Europa. Por eso ahora es un buen momento para la mediación en Europa.

En cuanto a los ámbitos donde está más implantada, estos son el ámbito empresarial, el civil, el familiar y el comunitario.

P: En España, la estadística demuestra que solo se recurre a la mediación en un 1 % de los casos. ¿Cómo se le debe dar un impulso?

R: De hecho, en todo el mundo, los abogados, sobre todo, tienen un poco de miedo a la mediación, porque están acostumbrados al proceso en los Tribunales. Creen que les quitará el trabajo en los Tribunales y que perderán dinero. Pero eso nunca pasará: siempre habrá casos en los Tribunales. La mediación es otra opción más para el Notario o el Abogado, otra opción de ayudar a su cliente. Es muy importante que entiendan bien que es una oportunidad para ellos, ya sea como mediadores, ya sea, en el caso de los abogados, dentro de la mediación, acompañando a su cliente. Este mensaje debe llegarles, ya que a través de notarios y abogados se puede llegar al cliente. Y, evidentemente, si ven las ventajas que citaba antes en cuanto al coste, el tiempo o el mantenimiento de las relaciones, el cliente quedará satisfecho y en una próxima ocasión recomendará a un Notario o a un Abogado que recurra a la mediación.

P: ¿Cuál es el porcentaje de éxito de la mediación?

R: Según los estudios realizados por la CEDR de nuestras mediaciones, el porcentaje de casos en que se llega a un acuerdo el mismo día en que se inicia la mediación es del 70 %, y en un 5 % más de casos se llega a un acuerdo un poco más tarde. En total, en el 75 % de los casos se alcanza un acuerdo. Nosotros no podemos garantizar un acuerdo, porque se trata de un proceso voluntario en el que no tenemos poder para tomar una decisión, pero creo que es un buen porcentaje.

P: A pesar de las ventajas, decíamos que, en España, la mediación todavía no tiene una gran implantación.

¿Cuáles cree que son los principales motivos?

R: Creo que los Tribunales deberían ser más activos, como en el caso de otras partes del mundo donde ya lo son. Es importante que haya una estructura dentro de los Tribunales para derivar a las partes a la mediación. Los jueces tienen que tener poder para decir a las partes que van a entrar en procedimientos de los Tribunales que antes recurran a la mediación. Ahora, la Ley de Mediación Civil y Mercantil ayudará: una ley que es algo más que la trasposición de la Directiva europea, ya que también trata temas domésticos. Y también es importante la educación y generar una cultura de mediación.

P: ¿Qué características debe cumplir un mediador?

R: En general, las tres características principales son: primero, debe desarrollar una buena relación con las partes, ya que las partes están en conflicto, en una situación difícil, y es necesario que la persona tenga habilidades para desarrollar relaciones entre ella (mediadora) y las partes, así como entre las partes. En segundo lugar, debe saber manejar y conducir el proceso. Y, en tercer lugar, debe ayudar a la negociación entre las partes. Tiene que entender cómo puede ayudarlas. En cuanto a su formación, dependiendo del tema, irá mejor que sea un Jurista, un Médico o un Arquitecto, por ejemplo. La mayoría de mediadores en el ámbito comercial y civil proviene del mundo jurídico y tienen formación legal, pero también hay otros que no son juristas. En Inglaterra, los no juristas suponen un 30 % del total. En mediaciones familiares, hay muchos más mediadores con otra formación.

El mediador debe desarrollar una buena relación con las partes, conducir el proceso y ayudar a la negociación entre las partes

P: ¿Qué cree que pueden aportar los notarios como mediadores?

R: Creo que los notarios tienen un papel muy importante en la mediación civil y mercantil, ya que conocen el ámbito



legal, que es el contexto, a fondo. Cuando se habla de un posible acuerdo, necesitas saber cuál es la otra opción, qué sucede si no puedes llegar a un acuerdo y vas a los Tribunales. Y eso los notarios lo saben. Además, conocen bien los hechos, lo que es fundamental para las partes, así como para explorar y negociar. Los notarios tienen una habilidad muy bien desarrollada en este sentido.

P: ¿Cuáles son los principales motivos por los que la CEDR ha escogido al Colegio Notarial de Cataluña como centro exclusivo formador de formadores en mediación?

R: En el año 2012, vine por primera vez al Colegio Notarial de Cataluña para llevar a cabo un proyecto conjunto, coordinado por la Unión Europea, con el fin de enseñar y formar a formadores en mediación. Ya entonces pude constatar que el Colegio es muy activo y está abierto a nuevas ideas en este ámbito, y que su objetivo es desarrollar este ámbito de trabajo para los notarios. Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley de Mediación, hablamos de que ahora es el momento de dar un curso de formación de formadores. Es muy importante que el curso haya tenido una buena aceptación, porque realmente tiene mucha calidad, algo por lo que el Colegio apuesta claramente: contar con mediadores de gran calidad. De modo que estamos trabajando con la misma mentalidad.

El mediador opina y ofrece su consejo, pero nunca toma la decisión

P: ¿Con qué partners suele trabajar el CEDR?

R: Trabajamos a menudo con colegios de notarios o de abogados, así como con otras organizaciones de mediación en gran parte del mundo, muchas veces en zonas donde la mediación no está todavía muy desarrollada. A veces, también trabajamos dentro de un proyecto concreto, por ejemplo, entramos en un Tribunal y diseñamos un programa de mediación dentro de los Tribunales, con los jueces, los abogados y las asociaciones de mediación. Es el caso de un proyecto que llevamos a

cabo en Egipto, donde hemos estado trabajando con el Tribunal Comercial, que cuenta con jueces que no son de última instancia, sino que trabajan en la fase preparatoria. En este sistema, estos jueces son los mediadores.

Los procesos en que llegamos a un acuerdo con otro son mucho mejores que aquellos procesos con un adversario. En todo caso, es cierto que se requiere un cambio de cultura legal, social y personal, y esto supone tiempo

P: ¿En qué se diferencian básicamente la mediación y el arbitraje?

R: La mayor diferencia es que el mediador no toma la decisión, sino que solo ayuda a conducir el proceso, en las relaciones entre ambas partes y en la negociación. Son las partes quienes toman las decisiones, quienes deciden si quieren llegar a un acuerdo y en qué consistirá ese acuerdo. El mediador opina y ofrece su consejo, pero nunca toma la decisión. En cambio, en el arbitraje, es el árbitro quien decide. Por otro lado, como comentaba antes, la mediación tiene un coste mucho más bajo, ya que, en el arbitraje, en este sentido, es muy similar al

de los Tribunales o incluso más caro. Y el tiempo también se acorta, en el caso de la mediación. Además, si se trata de un conflicto en el ámbito de los negocios, siempre es mejor que los propios interesados tomen decisiones sobre su problema, en lugar de tomar la decisión una tercera persona. Así que otra ventaja es que las partes tienen el control. En el arbitraje y en los Tribunales, esto no es así.

P: ¿La Justicia del siglo XXI pasa, pues, por la mediación?

R: Yo creo que vivimos en un mundo en que hay muchos conflictos, en cualquier parte del mundo. Y, si queremos desarrollarnos como sociedad, necesitamos conseguir procesos en que no estemos peleándonos siempre. Yo creo que esto es lo que quieren las personas, los ciudadanos. En el siglo en que vivimos, los procesos en que llegamos a un acuerdo con la otra persona son mucho mejores que aquellos procesos con un adversario.

Es cierto que, como sucede con cualquier proceso, cuando se empieza, avanza muy lentamente, porque estamos hablando de un cambio de cultura legal, de cultura social y de cultura personal, y esto supone tiempo. Pero, poco a poco, va cambiando. Para ello, en España, es fundamental el papel de los colegios de notarios y de abogados, que deben seguir trabajando para reforzar este proceso de mediación.



Reformando la Ley de Sociedades de Capital al amparo del gobierno corporativo⁽¹⁾

Ignacio Farrando Miguel
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN
- II. EL ÁMBITO DE LAS REFORMAS

I. PRESENTACIÓN

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (= Ley 31/2014), es ya la séptima reforma de este texto legal en cuatro años⁽²⁾, aunque, a decir verdad, sin duda alguna es la que tiene mayor empaque, al afectar al régimen jurídico de los órganos sociales: junta general y órgano de administración⁽³⁾.

La velocidad de esta reforma es uno de los elementos de la misma que, sin duda, llama la atención. En efecto, si se tiene presente que el Proyecto de Ley se presentó en el Congreso a finales de mayo y que la Ley se publicó a principios de diciembre, deberá reconocerse que su tramitación ha sido, cuanto menos, acelerada.

Y el motivo de esta rapidez no debe buscarse en la necesidad de acelerar la incorporación de normativa comunitaria, como ha ocurrido en alguna ocasión reciente⁽⁴⁾, ya que ninguna de las materias abordadas en su texto tiene reflejo comunitario. Tam-



co parece que esa urgente aprobación obedezca a un consenso profesional y doctrinal en las materias que allí se tratan, ya que, como examinaremos, es sencillo comprobar cómo algunas de sus soluciones (p. ej., en materia de retribución de administradores, prescripción, etc.) son totalmente opuestas a una consolidada doctrina de nuestros tribunales y a las opiniones de buena parte de nuestra doctrina científica.

Tampoco parece, en fin, que pueda aceptarse que la publicación de esta reforma obedezca a la conveniencia de adelantar las soluciones propuestas en el Proyecto de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación (= PCM⁽⁵⁾), ya que, como es sencillo advertir, muchas de las soluciones previstas por este han sido reemplazadas por otras bien distintas.



Por el contrario, su justificación puede encontrarse en el *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* confeccionado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo⁽⁶⁾ (= ICE 2013⁽⁷⁾) y que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, se empleó para elaborar la reforma normativa «sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones» (n.º III de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014).

En efecto, como es fácil comprobar en su texto, el citado ICE 2013⁽⁸⁾ ha servido como ideario sustancial para la reforma que examinaremos a continuación, ya que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, «el buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores»⁽⁹⁾.

II. EL ÁMBITO DE LAS REFORMAS

A efectos expositivos, puede principiarse indicando que las reformas introducidas por la Ley 31/2014 inciden tanto en materia de junta general y derechos del socio (v. *infra* «II.1. Reformas en sede de junta general y derechos del socio») como en lo relativo a la estructura y funcionamiento del órgano de administración (v. *infra* «II.2. Reformas en materia de administración social»). Marginalmente, también se ha aprovechado para potenciar la información sobre el periodo medio de pago de las sociedades mercantiles a sus proveedores (v. *infra* «II.3. Las “otras” reformas»).

II.1. Reformas en sede de junta general y derechos del socio

Las reformas en sede de junta general y derechos del socio persiguen, según la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, «reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionaria» (n.º IV de la Exposición de Motivos), y, para su examen, pueden dividirse entre las que afectan a toda clase de sociedades («II.1.1. Reformas de carácter general») y las que se destinan única y exclusivamente a las sociedades cotizadas («II.1.2. Reformas destinadas a las sociedades cotizadas»). Veámoslas por separado.

II.1.1. Reformas de carácter general

(1) Novedades en el catálogo de competencias de la junta general y su capa-

FICHA TÉCNICA

Resumen: Es pretensión del autor, mediante el presente trabajo, analizar la reforma acontecida en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, siendo de especial trascendencia lo referente a las materias que versan sobre junta general y derechos del socio, así como lo relativo a la estructura y funcionamiento del órgano de administración. Marginalmente, se ha aprovechado la reforma para potenciar la información sobre el periodo medio de pago de las sociedades mercantiles a sus proveedores.

Palabras clave: Sociedades de capital, junta general, socio, órgano de administración.

Abstract: The aim of the author in this work is to analyse the reform that has been made to the Spanish Corporate Enterprises Act by Law 31/2014, with the matters concerning the general meeting and shareholder rights being of particular significance, as well as that relating to the structure and functioning of the governing body. Meanwhile, advantage has been taken of the reform to increase the information on the average period within which mercantile companies pay their suppliers.

Keywords: Capital enterprises, general meeting, shareholder, governing body.

ciudad para dictar instrucciones al órgano de administración. La Ley 31/2014 se inicia introduciendo en el catálogo de competencias atribuidas a la junta general un nuevo supuesto que no venía reconocido en el PCM, que el ICE 2013 ceñía únicamente a las sociedades cotizadas y que, con buen criterio, el legislador ha optado por ubicar en el catálogo general de competencias de la junta, al advertir su similitud funcional con las modificaciones estructurales de la sociedad. Nos referimos a «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», presumiendo por tales aquellas operaciones cuyo importe «supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado»⁽¹⁰⁾ [art. 160.f) LSC].

Al hilo de lo anterior, y eliminando la anterior diferencia de régimen entre anónimas y limitadas, que solo podía calificarse de artificial⁽¹¹⁾, se ha ampliado a todas las sociedades de capital —salvo que existiera una (extraña) disposición estatutaria en contra— la posibilidad de que la junta general pueda impartir instrucciones al órgano de administración en materia de gestión⁽¹²⁾ (art. 161 LSC).

(2) Novedades en materia de conflicto de interés del socio. Una de las novedades de mayor calado de la reforma atañe al régimen del conflicto de interés del socio (art. 190 LSC), destacando tanto su acertada extensión a las sociedades anónimas⁽¹³⁾ como la estructuración del nuevo precepto en tres niveles.

El primero se integra por la prohibición expresa de que el socio vote en las cinco

clases de acuerdos donde más claramente se advierte un conflicto de interés y que se han traído, con ligeras variaciones, del anterior texto legal, que era aplicable solo a las sociedades limitadas⁽¹⁴⁾.

El ICE 2013 ha servido como ideario sustancial para la reforma, ya que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, «el buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores»

El segundo nivel establece, para los restantes conflictos de interés donde el voto del socio afectado hubiera sido decisivo para la adopción del acuerdo, la validez de esos votos en conflicto de interés (p. ej., en un acuerdo de fusión con una sociedad donde el socio tiene interés, etc.), pero alterando la distribución de la carga de la prueba en caso de impugnación del acuerdo, ya que, mientras los que impugnen el acuerdo solo deberán acreditar la existencia del conflicto de interés, la sociedad «y, en su caso, el socio o socios afectados por el conflicto» soportarán «la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social».

Y el tercer nivel se refiere a los acuerdos relativos al «nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de

interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad», para los que el nuevo art. 190.3 LSC vuelve a la regla general de la carga de la prueba, al establecer que corresponderá a los socios que impugnen la acreditación del «perjuicio al interés social»⁽¹⁵⁾.

(3) Novedades en materia del derecho de información del accionista. La opción por unificar los regímenes de la anónima y la limitada en aquellas materias donde no esté justificado un trato diferencial se fractura al abordar la reforma del derecho de información del socio, que, sin más explicación, solo afecta a los accionistas (art. 197 LSC). Dos son las principales novedades.

Como novedad significativa, el art. 197.5 LSC ha eliminado la posibilidad de impugnar el acuerdo adoptado en caso de haberse vulnerado el derecho de información del accionista ejercido en la propia junta y lo ha sustituido por un hipotético derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios

Por un lado, la determinación de la causa de denegación de la información solicitada, que, bajo el texto derogado, radicaba en el perjuicio al interés social valorado por el presidente (antiguo art. 197.3 LSC), y que ahora se autoriza para los casos en que se juzgue que dicha información es «innecesaria para la tutela de los derechos del socio» o cuando «existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas»⁽¹⁶⁾ (art. 197.3 LSC). La excepción se encuentra en los casos en que la solicitud de información venga respaldada por accionistas que representen, al menos, el 25 % del capital social⁽¹⁷⁾. Junto a esto, el último número de ese precepto se cuida de advertir algo evidente: en el supuesto de «utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados».

Y, por otro lado, y como novedad significativa, el art. 197.5 LSC ha eliminado la posibilidad de impugnar el acuerdo adoptado en caso de haberse vulnerado el derecho de información del accionista ejercido en la

propia junta y lo ha sustituido por un hipotético derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios⁽¹⁸⁾. La razón última que pretende amparar este drástico recorte parece encontrarse en la escasa (o nula) incidencia que tiene esa información en la votación, debido a la posibilidad de que la información en la reunión pueda ser facilitada al socio después de finalizada esta (art. 197.2 LSC). Con todo, no parece que la posibilidad de atender el derecho de información ejercido en la junta en los siete días siguientes a su terminación sea argumento suficiente para suprimir uno de los derechos básicos del socio, máxime si lo que se pretende no es otra cosa más que evitar su ejercicio abusivo con el objeto de «crear artificialmente un motivo de impugnación»⁽¹⁹⁾. Y la razón que sustenta este parecer es clara: en los supuestos en que se produzca un ejercicio abusivo del derecho de información en la propia junta, bastará con remitirse a los supuestos de denegación del art. 197.3 LSC, antes vistos, o, con carácter general, a la interdicción del ejercicio de derechos cuando medie abuso de derecho⁽²⁰⁾ (p. ej., al exigirse información que no podrá ser facilitada por la sociedad⁽²¹⁾, etc.), y, en todo caso, a la doctrina del abuso de litigio o de impugnación⁽²²⁾.

(4) Novedades en materia de adopción de acuerdos en junta. La Ley 31/2014 ha optado por normativizar y generalizar a todas las sociedades la regla de buen gobierno (recomendación 5.ª CUBG) consistente en que, además de los supuestos en que así se haya previsto estatutariamente⁽²³⁾, habrá de llevarse a cabo la votación separada del nombramiento, reelección o separación de cada uno de los administradores afectados⁽²⁴⁾, así como, en caso de formularse una propuesta de modificación estatutaria⁽²⁵⁾, de cada artículo o grupo de artículos con autonomía propia (art. 197 bis LSC).

Y, por fin, la reforma también se ha cuidado de «despejar de forma definitiva» (n.º IV de la Exposición de Motivos) que la mayoría necesaria para adoptar acuerdos en la sociedad anónima es la de naturaleza relativa (art. 201.1 LSC), por lo que, como regla general para la adopción de acuerdos sociales, bastará con que los votos a favor del mismo sean más que los votos en contra, sin tener en cuenta las abstenciones y los votos en blanco⁽²⁶⁾. Con todo, esta regla no será aplicable a los acuerdos donde el art. 194 LSC exige un quórum de constitución reforzado, ya que la reforma se cuida de advertir que,

en estos casos, se requerirá del apoyo de más de la mitad de los accionistas presentes o representados en la junta, salvo cuando en segunda convocatoria hubieran concurrido accionistas que representen el 25 % o más del capital suscrito con derecho a voto pero sin alcanzar el 50 %, en cuyo caso la adopción del acuerdo necesitará del «voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta» (art. 201.2 LSC).

La reforma también ha retocado el texto del art. 293.2 LSC para aclarar que se reputará «trato discriminatorio cualquier modificación que, en el plano sustancial, tenga un impacto, económico o político, claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares», aun en los casos en que solo exista una única clase de acciones.

(5) Novedades en materia de impugnación de acuerdos sociales. Hemos dejado para el final una de las novedades normativas que, sin gran discusión, puede calificarse de relevante: la modificación del régimen impugnatorio de los acuerdos sociales y, en especial, de buena parte del aplicable a la impugnación de los acuerdos adoptados en juntas de socios (arts. 204, 205 y 206 LSC)⁽²⁷⁾.

La profunda reforma en esta materia, que se ha separado en forma sensible del texto propuesto en el PCM⁽²⁸⁾, ha traído múltiples novedades que, por simplificar, aquí reconduciremos a las siguientes cinco ideas.

Primera. El nuevo texto legal reserva la calificación de *acuerdos nulos* solo a los que fueren contrarios, «por sus circunstancias, causa o contenido», al orden público⁽²⁹⁾. Estos acuerdos son imprescriptibles (art. 205.1 LSC) y la legitimación para impugnarlos es la más amplia posible: cualquier socio, administrador o tercero (art. 206.2 LSC).

Segunda. Podrán impugnarse en el plazo de un año desde la fecha de su adopción —que se reduce a tres meses para las sociedades cotizadas⁽³⁰⁾ [art. 495.2.c) LSC]—, o la fecha de recepción de la copia del acta, si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito, los acuerdos que sean contrarios a la ley, a los estatutos sociales, al reglamento de la junta⁽³¹⁾ o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC). En caso de que el acuerdo se hubiera inscrito, «el plazo de caducidad



se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción» (art. 205.2 LSC).

Tercera. La reforma amplía el ámbito de actuación de la lesión del interés social para incluir no solo aquellos acuerdos que dañen el interés de la sociedad, sino también los acuerdos que la mayoría imponga de manera abusiva⁽³²⁾. Exigencia esta que el art. 204.1.II LSC entiende verificada cuando, «*sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta [un acuerdo] por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*»⁽³³⁾.

Cuarta. La restricción de la legitimación activa también es una novedad significativa. En efecto, con el nuevo texto, solo podrán impugnarse los acuerdos sociales distintos de los contrarios al orden público los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y «*los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital*»⁽³⁴⁾ (el 1 %o, en el caso de las cotizadas) [arts. 206.1 LSC y 495.2.b) LSC]. Regla que se debe unir a la previsión de que los socios que no alcancen esos porcentajes «*tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*»⁽³⁵⁾.

Quinta. Junto con la posibilidad de subsanar los acuerdos, evitando así la impugnación⁽³⁶⁾, la reforma también reconoce una serie de supuestos donde expresamente se establece la improcedencia de tal impugnación (art. 204.3 LSC). En unos casos, por tratarse de infracciones de vicios procedimentales que, en palabras de la Exposición de Motivos, sean «*poco relevantes*»⁽³⁷⁾; en otros, «*ante la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta*», salvo que dicha información incorrecta o no facilitada «*hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación*», y, finalmente, ante los supuestos de participación o cómputo erróneo de votos, a los que deberá aplicarse la ahora reconocida «*prueba de resistencia*»⁽³⁸⁾.

II.1.2. Reformas destinadas a las sociedades cotizadas

Junto con las anteriores novedades, la Ley 31/2014 ha introducido diversas re-

formas en la Ley de Sociedades de Capital dirigidas única y exclusivamente a las sociedades cotizadas.

(1) Reducción de porcentajes para el ejercicio de derechos de socio. La reducción de los porcentajes y plazos establecidos con carácter general es una de las reformas más destacadas realizadas por la Ley 31/2014. En efecto, dispone el nuevo art. 495.2 LSC que el porcentaje mínimo del 5 % que la Ley exige para el ejercicio de ciertos derechos de socio —p. ej., para la solicitud de convocatoria por la minoría [art. 168.1 LSC], etc.— será del 3 % para las cotizadas⁽³⁹⁾, coincidente con el umbral para la calificación de una participación en una sociedad cotizada como significativa⁽⁴⁰⁾. También reduce del 1 % al 1/100o la fracción de capital social necesaria para poder impugnar los acuerdos sociales adoptados en junta o en consejo de administración⁽⁴¹⁾. Y, en fin, y como ya se ha avanzado, reduce a tres meses el plazo general de un año para ejercer la acción de impugnación de acuerdos sociales⁽⁴²⁾.

(2) Ampliación del catálogo de competencias de la junta. Las competencias reservadas con carácter general a la junta general por el art. 160 LSC se amplían en sede de cotizadas en tres supuestos más (art. 511 bis LSC). Por un lado, la filialización o «*transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas*»; por otro, también será competencia reservada a la junta general de accionistas «*las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad*»⁽⁴³⁾, y, en fin, también se reserva a la junta general el establecimiento de «*la política de remuneraciones de los consejeros*»⁽⁴⁴⁾.

(3) Limitación del derecho a conocer la identidad de los demás accionistas. La reforma también ha limitado el derecho de los accionistas de las sociedades cotizadas a conocer la identidad de los demás accionistas, que, hasta ahora, venía regulada en el art. 22.3 del Real Decreto 116/1992, donde se establecía que «*cualquier información de que dispongan las [sociedades] emisoras en relación con la identidad de sus accionistas deberá estar permanentemente a disposición de cualquiera de ellos*»⁽⁴⁵⁾. El nuevo art. 497.2 LSC ha optado por exigir a los accionistas que deseen ejercer este derecho «*una participación de, al menos, el tres por ciento del*

capital social»⁽⁴⁶⁾, reconociéndolo también, eso sí, a las asociaciones de accionistas que se hubieran constituido en la sociedad emisora y que, al menos, representen el 1 % del capital social⁽⁴⁷⁾.

Las competencias reservadas con carácter general a la junta general se amplían en sede de cotizadas a la filialización, las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad y el establecimiento de la política de remuneraciones de los consejeros

(4) Novedades en materia del derecho de información. La información que la sociedad debe poner a disposición de los accionistas antes de cada junta también ha sido objeto de reforma en un doble sentido (art. 518 LSC)⁽⁴⁸⁾. Por un lado, para aclarar el alcance de la información que debe facilitarse a los accionistas cuando las juntas no tengan previsto adoptar ningún acuerdo debido a que tienen carácter meramente informativo. Y, por otro, para detallar concretamente la información que debe suministrarse sobre las personas propuestas a ser nombradas, ratificadas o reelegidas como administradores.

Por otra parte, las novedades en materia de información del accionista (art. 520 LSC) se limitan a la ampliación del plazo en el que los accionistas de las sociedades cotizadas pueden solicitar información, aclaraciones o formular por escrito preguntas, que ahora podrán realizarse «*hasta el quinto día anterior al previsto para la celebración de la junta*», en vez de, como es regla para las no cotizadas, hasta el séptimo día (art. 197.1 LSC). Y, por otro lado, para incrementar la transparencia, al disponer que las solicitudes válidas de información, aclaraciones o preguntas realizadas por escrito por los administradores, «*se incluirán en la página web de la sociedad*»⁽⁴⁹⁾, como mecanismo para fomentar la transparencia y mejorar la información de todos los accionistas (art. 520.2 LSC).

(5) Novedad en materia del derecho a completar el orden del día de la convocatoria. El derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas

de acuerdo en las juntas de las sociedades cotizadas (art. 519 LSC)⁽⁵⁰⁾ se ha modificado para reducir el porcentaje exigible, que ahora pasa al 3 %⁽⁵¹⁾, así como para convertir la confusa sanción de nulidad de la junta en caso de no publicar (o publicar con retraso) el complemento de convocatoria por la más acertada calificación de «*causa de impugnación de la junta*»⁽⁵²⁾ (art. 519.2 LSC).

Manteniendo la declaración de gratuidad del cargo salvo que los estatutos sociales dispusieran lo contrario, la reforma legal principia exigiendo que, en este último caso, los estatutos deben determinar con precisión el concepto o conceptos que, en su caso, integrarán el «sistema de remuneración»

(6) Novedad en materia del derecho de asistencia a las juntas. La reforma, en materia del derecho de asistencia a las juntas de las sociedades cotizadas, ha reducido el límite estatutario máximo que pueden establecer estatutariamente toda clase de anónimas: el 1 % del capital social (art. 179.2 LSC). En efecto, el nuevo redactado del art. 521 bis LSC reduce drásticamente esa libertad estatutaria, al establecer que, «*en las sociedades anónimas cotizadas, los estatutos no podrán exigir para asistir a la junta general la posesión de más de mil acciones*»⁽⁵³⁾.

(7) Simplificación del régimen de las entidades que actúan por cuenta de terceras personas. Y la última novedad en materia de junta general y derechos del accionista en sociedades cotizadas se encuentra en la rectificación de errores y excesos cometidos por el art. 524 LSC, al incorporar la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007⁽⁵⁴⁾. Así pues, con el objetivo de reducir la carga a las sociedades y de simplificar la trasposición del art. 13 de la citada Directiva, el nuevo art. 524 LSC reconoce la posibilidad de que las entidades que actúen por cuenta de terceras personas puedan ejercer un voto divergente⁽⁵⁵⁾ y, además, «*delegar el voto a cada uno de los titulares indirectos o a terceros designados por estos, sin que pueda limitarse el número de delegaciones otorgadas*».

II.2. Reformas en materia de administración social

La Ley 31/2014 introduce numerosas y variadas reformas en la regulación del órgano de administración. Por esta razón, y de forma similar a como lo hicimos con las que afectaban a la junta y los derechos de los socios, procederemos a exponer y examinar por separado las reformas que inciden en toda clase de sociedades de capital (v. *infra* «II.2.1. Reformas que afectan a todas las sociedades de capital») de las que solo afectan a las sociedades cotizadas (v. *infra* «II.2.2. Reformas que solo afectan a las sociedades cotizadas»).

II.2.1. Reformas que afectan a todas las sociedades de capital

Las reformas introducidas por la Ley 31/2014 en la normativa reguladora del órgano de administración y que afectan tanto a anónimas como a limitadas pueden agruparse en los siguientes cuatro grandes bloques.

(1) Novedades en materia de retribución de los administradores. El primer bloque de novedades aplicable a toda clase de sociedades de capital afecta al régimen de la remuneración de los administradores sociales «*en su condición de tales*»⁽⁵⁶⁾ (arts. 217, 218 y 219 LSC), es decir, en cuanto administradores sociales y no por razón de la retribución que perciban por otros vínculos que pudieran tener con la sociedad, ya sean de naturaleza orgánica (p. ej., delegación de facultades) o contractual (p. ej., contrato de servicios, laboral, etc.)⁽⁵⁷⁾.

Manteniendo la declaración de gratuidad del cargo salvo que los estatutos sociales dispusieran lo contrario⁽⁵⁸⁾ (art. 217.1 LSC), la reforma legal principia exigiendo que, en este último caso, los estatutos deben determinar con precisión el concepto o conceptos que, en su caso, integrarán el «*sistema de remuneración*»⁽⁵⁹⁾ (p. ej., asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, etc.) (art. 217.2 LSC), y que, a modo de perímetro conceptual, comportará la prohibición de satisfacer retribuciones no ajustadas a dicho catálogo⁽⁶⁰⁾.

En todo caso, dicho sistema de remuneración deberá «*estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de*

riesgos y la recompensa de resultados desfavorables»⁽⁶¹⁾ (art. 217.4 LSC).

Complementa lo anterior la novedosa declaración legal de que, ajustada al sistema antes dicho, la concreta determinación del «*importe máximo de la remuneración anual*» de los administradores «*en su condición de tales*» corresponderá a la junta general, «*permanecerá vigente en tanto no se aprueba su modificación*» (art. 217.3 LSC) y «*deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*»⁽⁶²⁾ (art. 217.4 LSC).

Se modifica así el régimen preexistente, que, como es sabido, si bien no exigía a los estatutos fijar el concreto *quantum* retributivo de los administradores⁽⁶³⁾, sí que venía entendiéndose que «*no es suficiente que la norma social prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, o también que los estatutos no pueden recoger los distintos sistemas legales de retribución y dejar a la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que deben precisar el sistema retributivo a aplicar, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria*»⁽⁶⁴⁾.

Junto a la ya conocida facultad del órgano de administración de proceder a la concreta distribución de la retribución entre sus miembros, salvo que los estatutos o la junta dispusieran lo contrario⁽⁶⁵⁾, la reforma se cuida de precisar que dicha distribución interna deberá llevarse a cabo atendiendo a «*las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero*»⁽⁶⁶⁾.

Si bien el régimen aplicable a la retribución mediante entrega de acciones (art. 219 LSC) se mantiene esencialmente idéntico, en el caso de que el sistema de retribución incorporase una participación en beneficios, la reforma expande el sistema hasta hoy aplicable solo a la limitada, al señalar que los estatutos de la sociedad deberán «*determinar concretamente la participación*» o establecer el «*porcentaje máximo de la misma*», siendo en este último caso la junta general la encargada de establecer el preciso porcentaje aplicable con respeto del máximo estatutario⁽⁶⁷⁾ (art. 218.1 LSC).

(2) Reforma de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores.



El segundo bloque de novedades es particularmente relevante, al afectar a los deberes de diligencia y lealtad que deben seguir los administradores.

En lo que atañe al primero, el deber de «desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario⁽⁶⁸⁾, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos⁽⁶⁹⁾» (art. 225.1 LSC), destaca tanto la plasmación de la exigencia de que los administradores «deberán tener la dedicación adecuada», debiendo adoptar «las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad»⁽⁷⁰⁾ (art. 225.2 LSC), como, sobre todo, la precisión legal de que el derecho y el deber de información del administrador versará sobre la «información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones»⁽⁷¹⁾ (art. 225.3 LSC). La Ley 31/2014 también introduce como novedad que afecta al deber de diligencia un puerto seguro para la actuación de los administradores en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial⁽⁷²⁾. En efecto, en este ámbito, dispone el nuevo redactado del art. 226.1 LSC que «el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado»⁽⁷³⁾.

En lo que atañe al deber de lealtad, las novedades han sido más relevantes y, sintetizando mucho, pueden reconducirse a tres.

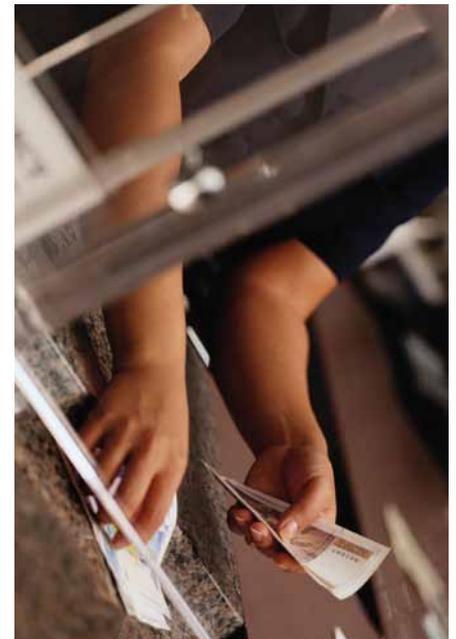
La primera se encuentra en la previsión expresa de que «la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador»⁽⁷⁴⁾ (art. 227.2 LSC).

La segunda se encuentra en la reorganización del antiguo catálogo de los deberes de los administradores (p. ej., prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, etc.) en un único listado con cinco obligaciones concretas derivadas del respeto al deber de lealtad (art. 228 LSC):

- a) No ejercitar las facultades con fines distintos a aquellos para los que fueron concedidas (*desvío de facultades*).
- b) Guardar secreto sobre información obtenida en el desempeño del cargo (*deber de secreto*).
- c) Abstención en las deliberaciones y votaciones donde exista conflicto de interés directo o indirecto del artículo o persona vinculada (*abstención en caso de conflicto de interés*).
- d) Desempeño de funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros (*deber de independencia*).
- e) Deber de adoptar las medidas necesarias «para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad» (*deber de evitar situaciones que provoquen conflicto de interés*). A su vez, este último deber obliga a abstenerse de realizar las conductas señaladas en el art. 229 LSC (p. ej., realizar operaciones con la sociedad, salvo en caso de operaciones ordinarias; hacer uso de activos sociales con fines privados; aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad; desarrollar actividades que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad, etc.)⁽⁷⁵⁾.

Y la tercera novedad se encuentra en el reconocimiento de que, si bien el régimen relativo al deber de lealtad y la responsabilidad asociada a su incumplimiento tienen carácter imperativo⁽⁷⁶⁾ (art. 230.1 LSC), la junta general podrá autorizar singularmente las operaciones prohibidas⁽⁷⁷⁾, aunque, en ciertos casos, también podrán dispensarse por el órgano de administración, siempre «que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado» y, además, se asegure «la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso»⁽⁷⁸⁾ (art. 230.2 LSC).

(3) Novedades en el régimen de responsabilidad de los administradores. El régimen de responsabilidad de los administradores también ha sufrido cambios



relevantes. Por un lado, el reconocimiento expreso de que el ejercicio de esa acción no impedirá el de otras acciones tales como la impugnación del acuerdo, la cesación, la remoción de efectos y, como significativa, la «anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad»⁽⁷⁹⁾. Por otro, la necesidad para exigir esta responsabilidad al administrador de que haya mediado culpa o dolo y la presunción *iuris tantum* de culpabilidad cuando el acto «sea contrario a la ley o a los estatutos sociales»⁽⁸⁰⁾ (art. 236.1 LSC). Y, en fin, la extensión de esta responsabilidad a los administradores de hecho, quienes, además, se definen en el art. 236.3 LSC⁽⁸¹⁾. Junto con estas novedades, también ha de advertirse que el nuevo art. 236 LSC extiende las disposiciones «sobre deberes y responsabilidad de los administradores [...] a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad», siempre que el órgano de administración no contase con consejeros delegados o comisiones ejecutivas⁽⁸²⁾. Y ese mismo precepto, también con carácter novedoso respecto del anterior redactado (ex art. 232.3 LSC), sostiene que «la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administradora»⁽⁸³⁾ (art. 236.5 LSC).

En materia de legitimación, se reconoce la posibilidad de que los socios ejerciten directamente la acción social de responsabilidad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general, cuando aquella se fundamente en la infracción del deber de lealtad⁽⁸⁴⁾ (art. 239.1.II LSC). Y, además, se establece, para el caso de estimación total o parcial de la demanda, el derecho de la parte actora a ser reembolsada con los límites legales (art. 394 LEC) en los gastos de la impugnación⁽⁸⁵⁾ (art. 293.2 LSC).

Y, en fin, la última novedad de la Ley 31/2004 en materia de responsabilidad de administradores es también de calado, ya que se separa de lo dispuesto con carácter general por el art. 949 CCom., al establecer que la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años, «a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse»⁽⁸⁶⁾ (art. 241 bis LSC).

Las reformas sobre el órgano de administración que solo afectan a sociedades cotizadas son numerosas y muy relevantes, pues «la experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que un consejo de administración bien gestionado tiene para las empresas y, muy especialmente, para las cotizadas»

(4) Novedades en sede del consejo de administración. El último grupo de reformas comunes a todas las sociedades en sede de administradores afecta al consejo de administración. Aquí se introduce una importante novedad relacionada con su remuneración. Según el nuevo art. 249.3 LSC, el administrador que asuma la condición de consejero delegado (o se le atribuyan funciones ejecutivas) tiene que suscribir un contrato con el órgano de administración en el que deberán detallarse «*todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro*», señalándose también, un tanto crípticamente, que dicho contrato «deberá ser conforme con la

política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general»⁽⁸⁷⁾ (art. 249.4.II LSC).

También es novedosa la introducción de un largo catálogo de funciones del consejo de administración con carácter indelegable (art. 249 bis LSC) y que, además de las ya tradicionales⁽⁸⁸⁾, incluye otras como la «*determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad*» [letra b)], la antes citada «*autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad*» [letra c)] o «*el nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución*»⁽⁸⁹⁾ [letra h)].

Finalmente, el régimen de impugnación de los acuerdos del consejo de administración se ha retocado para acomodarlo al nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de la junta general en los siguientes extremos⁽⁹⁰⁾: la eliminación de la diferencia que existía entre acuerdos nulos y anulables; la reducción del porcentaje del capital exigido para que los socios impugnen a un 1 %, y el reconocimiento de la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo contrarios a su reglamento⁽⁹¹⁾ (art. 251 LSC).

II.2.2. Reformas que solo afectan a las sociedades cotizadas

Las reformas sobre el órgano de administración que solo afectan a sociedades cotizadas son numerosas y muy relevantes debido a que, como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, «*la experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que un consejo de administración bien gestionado tiene para las empresas y, muy especialmente, para las sociedades cotizadas*» (apdo. V).

A los solos efectos expositivos, es posible agrupar dichas novedades en los siguientes ocho grupos.

(1) Novedades sobre el modelo de órgano de administración y sus facultades.

El nuevo art. 529 bis.1 LSC remedia una omisión largamente denunciada aunque respetada en la práctica: la exigencia de que «*las sociedades cotizadas deberán ser administradas por un consejo de administración*»⁽⁹²⁾.

Junto con lo anterior, el art. 529 ter LSC ha añadido al catálogo general del art. 249

bis LSC, antes visto, sobre facultades que el órgano de administración no puede delegar en ningún caso, tales como la aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos [letra a)]; la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control [letra b)], o, entre otros, la determinación de la estrategia fiscal de la sociedad [letra i)].

Con todo, lo más novedoso de este catálogo seguramente se encuentra en la previsión de indelegabilidad de la facultad del consejo de aprobar⁽⁹³⁾, previo informe de la comisión de auditoría, las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen «*con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas*» [letra h)].

(2) Novedades sobre la estructura funcional: las categorías de consejeros.

El nuevo art. 529 duodecimos LSC eleva de rango de ley y precisa la tipología de consejeros en las sociedades cotizadas, distinguiendo entre consejeros ejecutivos, que básicamente se corresponden con aquellos «*que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o [sociedades de] su grupo*», y consejeros no ejecutivos. En este último grupo aún es posible distinguir entre:

- a) Los consejeros dominicales, que se corresponden con quienes «*posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados*».
- b) Los consejeros independientes, identificados en el art. 529 duodecimos.4 LSC con los que hayan sido «*designados en atención a sus condiciones personales y profesionales [y que] puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos*»⁽⁹⁴⁾.



c) Los demás «consejeros externos»⁽⁹⁵⁾.

(3) Novedades sobre el nombramiento, reelección y evaluación de consejeros. Las novedades en materia de nombramiento de los consejeros de una sociedad cotizada también son llamativas más allá de la antes citada categorización de consejeros⁽⁹⁶⁾. Por un lado, porque la reforma recorta en dos años el límite máximo de duración del cargo de estos administradores respecto del régimen general, establecido en seis años por el art. 221 LSC⁽⁹⁷⁾ (art. 529 undecies.1 LSC), estableciéndolo, por tanto, en un máximo de cuatro años⁽⁹⁸⁾. Por otro, porque para estas sociedades también se altera el régimen general de cooptación de administradores (art. 244 LSC), al señalarse que los administradores cooptados en dichas sociedades anónimas cotizadas⁽⁹⁹⁾ no necesitarán ser necesariamente «accionistas de la sociedad» (art. 529 decies.2 LSC) y, además, «no procederá la designación de suplentes»⁽¹⁰⁰⁾ (art. 529 decies.3 LSC). Y, en fin, porque el nuevo art. 529 bis.2 LSC establece que el consejo de administración «deberá velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeros»⁽¹⁰¹⁾, y, además, establece que dicho órgano «deberá realizar una evaluación anual de su funcionamiento y el de sus comisiones y proponer, sobre la base de su resultado, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas» (art. 529 nonies.1 LSC).

(4) Novedades sobre la estructura interna del órgano de administración. La reforma también ha elevado a norma legal las recomendaciones 15.^a a 17.^a CUBG, al establecer, respecto del órgano de administración como «máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración» (art. 529 sexies.2 LSC), la mecánica de su nombramiento (art. 529 sexies.1 LSC); al procurar ciertas cautelas para el caso de que también tenga la condición de consejero ejecutivo⁽¹⁰²⁾ (art. 529 septies LSC), o al atribuirle un conjunto de facultades mínimas⁽¹⁰³⁾ (p. ej., «convocar y presidir las reuniones del consejo de administración, fijando el orden del día de las reuniones y dirigiendo las discusiones y deliberaciones», etc.) (art. 529 sexies.2 LSC).

Y, por lo que atañe al secretario del consejo de administración, que no precisará

ser consejero⁽¹⁰⁴⁾, la reforma ha establecido, de forma similar a lo previsto para el presidente⁽¹⁰⁵⁾, ciertas normas sobre su nombramiento⁽¹⁰⁶⁾ y las funciones mínimas que tiene encomendadas (p. ej., «conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas», etc.)⁽¹⁰⁷⁾ (art. 529 octies LSC).

(5) Novedades sobre los derechos y deberes de los consejeros. En materia de derechos y deberes de los consejeros de las sociedades cotizadas, la reforma ha impuesto la obligación de asistencia personal a las reuniones, permitiendo, sin embargo, la delegación en otro consejero y la limitación de que los consejeros no ejecutivos solo podrán hacerlo en otro no ejecutivo⁽¹⁰⁸⁾ (art. 529 quáter LSC).

También de acuerdo con la recomendación del ICE 2013, el nuevo texto legal impone al presidente y al secretario del consejo de administración⁽¹⁰⁹⁾ que faciliten con antelación suficiente a los consejeros, salvo «excepcional» constitución o convocatoria por razones de urgencia del consejo, la «información necesaria para la deliberación y la adopción de acuerdos sobre los asuntos a tratar»⁽¹¹⁰⁾ (art. 529 quinquies LSC), lo que, aunque no se mencione expresamente, evidentemente comportará la mención del orden del día de la reunión⁽¹¹¹⁾, que, sin embargo, no impedirá que el consejo acuerde por mayoría «discutir cualquier otro asunto no incluido en la convocatoria»⁽¹¹²⁾.

La retribución de los consejeros de las sociedades cotizadas también ha sido objeto de una profunda revisión partiendo de la declaración de que, «salvo disposición contraria de los estatutos, el cargo de consejero de sociedad cotizada será necesariamente retribuido»⁽¹¹³⁾ (art. 529 sexdecies LSC), es decir, justo lo contrario a la regla establecida en el art. 217.1 LSC⁽¹¹⁴⁾.

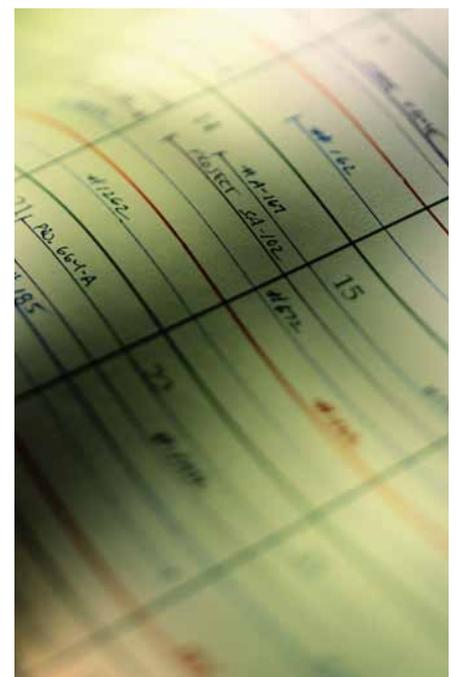
Dos son las principales novedades en esta materia. La primera es el reconocimiento de la «política de remuneraciones de los consejeros» como acuerdo que, ajustado al «sistema de remuneración» estatutariamente previsto, se formula por el consejo de administración motivadamente y debe ir acompañada de un informe específico de la comisión de nombramientos y retribuciones a la aprobación de la junta general de accionistas al menos cada tres años (art. 529 novodecies LSC), teniendo vigencia durante

los tres ejercicios siguientes a aquel en que haya sido aprobada por la junta⁽¹¹⁵⁾.

Este acuerdo de la junta sobre la «política de remuneraciones de los consejeros» es el que determinará el contenido y límite de cualquier retribución que puedan percibir los consejeros, ejecutivos o no, «por el ejercicio o terminación de su cargo y por el desempeño de funciones ejecutivas», salvo, claro está, las retribuciones que expresamente pudiera aprobar la junta general de accionistas⁽¹¹⁶⁾ (art. 529 novodecies.5 LSC).

Y la segunda reforma relevante en este ámbito se encuentra en la novedosa diferenciación legal entre la remuneración del consejero «en su condición de tal» (art. 529 septdecies LSC) de la que puede percibir por el desempeño de funciones ejecutivas (art. 529 octodecies LSC). La retribución de los consejeros que podemos calificar de genérica se establece en el acuerdo de «política de remuneraciones de los consejeros» y deberá «incluir necesariamente el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición»⁽¹¹⁷⁾.

La retribución de los consejeros «por el desempeño de las funciones ejecutivas previstas en los contratos aprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 249 [LSC]», que, recordamos, es aprobada por el propio consejo de administración (art. 529 octodecies.2 LSC), deberá ajustarse «a la política de



remuneraciones de los consejeros, que necesariamente deberá contemplar la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiera, los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos, comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia postcontractual y permanencia o fidelización»⁽¹¹⁸⁾ (art. 529 octodécimas.1 LSC).

(6) Novedades sobre las comisiones en el seno del consejo. Tras la reforma, la Ley de Sociedades de Capital establece expresamente que «el consejo de administración podrá constituir en su seno comisiones especializadas, determinando su composición, designando a sus miembros y estableciendo las funciones que asume cada una de ellas»⁽¹¹⁹⁾ (art. 529 terdecimas LSC), señalando, sin embargo, que, en todo caso, deberán existir las siguientes dos, con la composición y funciones mínimas que se establecen en la Ley: a) la comisión de auditoría, y b) la comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones⁽¹²⁰⁾.

Las sociedades mercantiles incluirán de forma expresa en la memoria de sus cuentas anuales «su período medio de pago a proveedores» y, además, las cotizadas publicarán dicho dato en su página web

La reforma regula con detalle la composición y funciones de estas comisiones obligatorias en los arts. 529 quaterdecimas LSC y 529 quinceimas LSC⁽¹²¹⁾.

(7) Novedades sobre la información relativa al gobierno corporativo. La reforma que examinamos también ha modificado la información que debe facilitarse a los accionistas y, en general, al mercado sobre el cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo reguladas hasta hoy en los arts. 61 bis y 61 ter LMV, incorporando el contenido del informe anual sobre gobierno corporativo y del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros a los actuales redactados de los arts. 540 y 541 LSC⁽¹²²⁾.

El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros seguirá sometiéndose a una extraña votación con carácter consul-

tivo de la junta general ordinaria de accionistas (art. 541.4 LSC), aunque ahora, como ya se ha dicho, su rechazo por la junta comportará que «la política de remuneraciones aplicable para el ejercicio siguiente deberá someterse a la aprobación de la junta general con carácter previo a su aplicación» (art. 529 novodécimas.4 LSC).

(8) Novedades sobre la página web y las asociaciones de accionistas. Las últimas novedades de la reforma realizada por la Ley 31/2014 que ahora queremos destacar afectan tanto a la modificación del antiguo art. 528 LSC, relativo a la página web de las sociedades cotizadas, donde se han producido pequeños cambios⁽¹²³⁾ (v. art. 539.2 LSC), como al derecho de los accionistas a afiliarse a «asociaciones específicas y voluntarias para ejercer la representación de los accionistas en las juntas de sociedades cotizadas y los demás derechos reconocidos en esta Ley» (art. 539.4 LSC).

Esta última, la regulación de las asociaciones de accionistas, es la que ha sufrido más cambios, al pasar de una declaración legal bastante genérica al establecimiento en el nuevo art. 539.4 LSC de reglas mucho más precisas⁽¹²⁴⁾. Entre ellas, la determinación de su objeto exclusivo; el establecimiento del número mínimo de accionistas que deben integrar las mismas (cien), sin que ninguno alcance «una participación superior al 0,5 por ciento del capital con derecho de voto de la sociedad» [art. 539.4.b) LSC]; los requisitos formales de constitución y la obligación de formular, auditar y depositar sus cuentas anuales [arts. 539.4.c) y d) LSC], y la prohibición de recibir, de forma directa o indirecta, «cantidad o ventaja patrimonial alguna de la sociedad cotizada», así como la obligación de «llevar un registro de las representaciones que les hubieran sido conferidas por accionistas para que les representen en las juntas generales que se celebren, así como de las representaciones con que hubieran concurrido a cada una de las juntas, con expresión de la identidad del accionista representado y del número de acciones con que hubiera concurrido en su nombre» [art. 539.4.e) LSC].

II.3. Las «otras» reformas

Las reformas que no están directamente vinculadas a materias relacionadas con los órganos sociales son las relativas a la publicidad del periodo máximo de pago a los proveedores. Por un lado, para exigir que todas las sociedades mercantiles inclu-

yan de forma expresa en la memoria de sus cuentas anuales «su período medio de pago a proveedores» y, además, que las cotizadas publiquen dicho dato en su página web⁽¹²⁵⁾ (disp. final 2.ª de la Ley 31/2014). Por otro lado, para exigir a las sociedades que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada que indiquen «en el informe de gestión el periodo medio de pago a sus proveedores» y, en caso de que dicho periodo medio sea superior al máximo establecido en la normativa de morosidad, «habrán de indicarse asimismo las medidas a aplicar en el siguiente ejercicio para su reducción hasta alcanzar dicho máximo» (art. 262 LSC).

- (1) La realización del presente trabajo se integra entre los realizados bajo el manto del proyecto de investigación «La impugnación de acuerdos sociales: propuestas para una reforma», financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER 2011-29198).
- (2) Desde su publicación en el 2010, la Ley de Sociedades de Capital ha sufrido varias reformas. La primera, a los pocos meses de su entrada en vigor, al objeto de reducir los trámites de publicaciones y adecuar la convocatoria de juntas a los nuevos tiempos (Real Decreto-Ley 1/2010, de 3 de diciembre). En el 2011, y tras el ajuste del derecho a conocer la identidad de los accionistas de las sociedades cotizadas (Ley 2/2011, de 4 de marzo), la Ley 25/2011, de 1 de agosto, realizó una amplia reforma de sus preceptos tanto para simplificar y reducir ciertos trámites como para introducir varias novedades en sociedades cotizadas y no cotizadas (p. ej., página web, régimen de la convocatoria de junta, liquidación, etc.), algunas de las cuales han tenido un éxito escaso (p. ej., derecho de separación del socio por no repartir dividendos), y, lo que es más relevante, incorporar las novedades de la Directiva 2007/36/CE. El Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, y la Ley 9/2012 también realizaron pequeños ajustes en la Ley de Sociedades de Capital (p. ej., límite de los derechos de voto por un mismo socio, cláusulas limitativas del derecho de voto, etc.) y, en fin, y ya en el 2013, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, introdujo la discutible sociedad limitada de formación sucesiva y realizó un par de reformas de importancia menor.
- (3) No podemos más que apuntar una idea en estas páginas, pero no deja de sorprender que el fracaso de una



normativa común europea en materia de órganos sociales de sociedades de capital, tras la retirada en 2001 de la propuesta de quinta directiva de 1972, se esté solventando «indirectamente» a través de las reglas de buen gobierno que adoptan casi homogéneamente los países de nuestro entorno. Los límites y procedimientos aplicables a la formación de estas reglas son todavía unos procedimientos un tanto opacos, por lo que, en definitiva, su legitimidad última es discutible. V., con una categorización doctrinal de estas reglas de buen gobierno, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «Una aproximación al buen gobierno de las sociedades anónimas abiertas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 26, 2004, págs. 157-202.

- (4) V. las explicaciones ofrecidas en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, sobre la urgente necesidad de incorporar la Directiva 2009/109/CE y la Directiva 2005/56/CE.
- (5) V. http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%3%93DIGO_MERCANTIL__TEXTO_WEB%2C2.PDF.PDF.
- (6) El Programa Nacional de Reformas del Reino de España 2013 (v. <http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/pnrspa%3%B1a2013.pdf>) decidió impulsar «inmediatamente la constitución de una Comisión de expertos para la elaboración de un estudio sobre los mejores estándares internacionales de Gobierno Corporativo y las áreas en las que España puede mejorar su marco actual, de modo que, en el plazo de un año, se implementen las reformas que correspondan» (pág. 68). Esa Comisión fue creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 —Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (BOE de 23 de mayo de 2013)— y entregó su informe el 14 de octubre de 2013 (https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf), tras la aprobación del Programa Nacional de Reformas del Reino de España 2013 (v. págs. 11 y 68-69), que ordena-

ba impulsar «inmediatamente la constitución de una Comisión de expertos para la elaboración de un estudio sobre los mejores estándares internacionales de Gobierno Corporativo y las áreas en las que España puede mejorar su marco actual, de modo que, en el plazo de un año, se implementen las reformas que correspondan. En este punto no se renunciará a introducir medidas adicionales de obligado cumplimiento, con el rango normativo que corresponda, y que tengan por finalidad principal evitar los conflictos de interés que pueden generarse en las diferentes áreas de la gestión empresarial» (pág. 68).

- (7) Informe *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf).
- (8) Este informe fue entregado por la Comisión al Gobierno el 14 de octubre de 2013.
- (9) Otra cosa distinta es que el objetivo encomendado a la Comisión de expertos de analizar la «posibilidad de elaborar un Código de buenas prácticas para las sociedades no cotizadas españolas, en la medida en que estas representan más del 75 % del PIB y del empleo en España» (págs. 68-69), parece haber quedado en agua de borrajas.
- (10) Cuestión distinta son las dudas que plantea la lectura del precepto sobre la validez del negocio de adquisición, enajenación o aportación, en caso de que los administradores vulneren esta competencia de la junta o la posibilidad de que estatutariamente se rebaje dicho porcentaje o se establezca alguna otra exigencia (p. ej., que el balance se haya confeccionado con una determinada antelación, que esté auditado, etc.).
- (11) V., sobre la posibilidad de que la junta general de la sociedad anónima impartiera instrucciones al órgano de administración, antes de la reforma y por todos, Josefina BOQUERA MATA-RREDONA y Nuria LATORRE CHINER, «Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada», en *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 76-77, y, en especial, Ángel GARCÍA VIDAL, *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 161-169. Más recientemente, Gau-

dencio ESTEBAN VELASCO, «Capítulo segundo. Competencia de la junta», en A. ROJO y E. BELTRÁN (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 1217, se planteaba la aplicación analógica del art. 161 LSC a las sociedades anónimas, concluyendo que no debía excluirse cuando se trata de sociedades anónimas pequeñas y medianas cerradas, pero que, en cambio, no debía defenderse en las sociedades cotizadas o con amplia dispersión del accionariado.

- (12) El ICE 2013 lo justifica por el necesidad de «reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionarial» en toda clase de sociedades (pág. 13).
- (13) V., en relación con la abstención del voto en la sociedad anónima, antes de la reforma legal, Julio COSTAS COMESAÑA, *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 48-53.
- (14) V., sobre estos supuestos, además de la obra citada en la nota anterior (págs. 115-196), Ángel Luis MODREGO IBÁÑEZ, «El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad (análisis del artículo 52 de la nueva ley de SRL)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 19, 1996, págs. 61-104, y Mercedes SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, págs. 301-337.
- (15) V., sobre la falta de sentido de que el administrador se vea impedido de votar sus acciones en la junta general en relación con estas cuestiones, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. pág. 26.
- (16) Si bien nada dice el precepto sobre quién debe juzgar dicha innecesidad o riesgo objetivo de uso perjudicial para la sociedad, lo más razonable es aceptar que estas decisiones corresponden al órgano de administración. V., ya desde antes, Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Reformas en materia de derecho de información (modificación del artículo 197.4 LSC)», en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS et al. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 426-435, esp. pág. 434.

- (17) El nuevo redactado del art. 197.4 LSC autoriza a los estatutos a «fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social». V., al respecto de ese límite mínimo, Maitte MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Reformas en materia de derecho de información (modificación del artículo 197.4 LSC)», en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 426-435, esp. pág. 433.
- (18) No está clara la razón por la que esta novedad solo es aplicable a las anónimas, cuando resulta que los socios de las limitadas también «podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día» (art. 196.1 LSC).
- (19) Como se pretende justificar en la pág. 26 del ICE 2013.
- (20) La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante al afirmar que «el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente». V. STS de 30 de noviembre de 2011 (Simave, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2011:8312); STS de 19 de septiembre de 2013 (Cementos Aliaga, SA) [ponente: Rafael Saraza Jimena] (ECLI:ES:TS:2013:4950); STS de 16 de enero de 2012 (Simave Productos, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2012:101); STS de 13 de diciembre de 2012 (Cecauro Levante, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2012:8061), o, por acabar, STS de 26 de julio de 2010 (Hemorato, SL) [ponente: José Eugenio Corbal Fernández] (ECLI:ES:TS:2010:4349) y STS de 4 de octubre de 2005 (Neojuegos, SA) [ponente: Vicente Luis Montés Penadés] (ECLI:ES:TS:2005:5868).
- (21) V. STS de 19 de septiembre de 2013 (Cementos Aliaga, SA) [ponente: Rafael Saraza Jimena] (ECLI:ES:TS:2013:4950) afirmando que «las peticiones de documentación que por su desproporción muestren claramente estar encaminadas a no poder ser atendidas por la sociedad y, ante la mínima insatisfacción, provocar un motivo de impugnación de los acuerdos tienen carácter abusivo».
- (22) V. al respecto, y por todas, STS de 9 de marzo de 2007 (Zabame, SL) [ponente: Vicente Luis Montés Penadés] (ECLI:ES:TS:2007:2409).
- (23) Y, por supuesto, en los demás casos previstos legalmente, tal y como ocurre con la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad (art. 230.3 LSC) o con la aprobación de la política de remuneración de los consejeros de cotizadas (art. 529 *novodecies* LSC).
- (24) Y, aunque nada se diga, en su caso, parece lógico extender esta regla al nombramiento o cese de liquidadores (arts. 376, 377 y 380 LSC).
- (25) Pese a que el precepto calle al respecto, es razonable sostener que esa votación diferenciada de la modificación estatutaria no será aplicable en caso de adaptaciones estatutarias impuestas por una exigencia legal, pero sí para las demás modificaciones que no vengan exigidas por esa reforma normativa. V., entre otras muchas que así lo vienen sosteniendo, RDGRN de 1 de marzo de 2000 (Profesionales y Asesores de Gestión Empresarial, SL) [BOE de 31 de marzo de 2000] reconociendo que «la atenuación de las exigencias formales exigidas para la adaptación de los Estatutos no [debe utilizarse] para introducir en los mismos modificaciones que no respondan a la estricta finalidad para la que se han establecido sin observar los requisitos generales exigidos para ellas».
- (26) V., con una exposición de las distintas posturas mantenidas por la doctrina sobre la mayoría exigida en la sociedad anónima, Fernando MADINA, *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2004, págs. 263-271, y Mario SÁNCHEZ LINDE, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 163-179. Conviene destacar que, antes de la reforma, los principales defensores de la mayoría simple habían sido Eduardo POLO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre el régimen de quóruns y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 128-129, 1973, págs. 199-284, esp. pág. 227, y Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ, «Artículo 93. Junta general», en I. ARROYO y J. M. EMBID (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 955-956.
- (27) Régimen que, sin grandes cambios, había venido manteniéndose desde 1951, a pesar de que buena parte de nuestra mejor doctrina ha manifestado su inadecuación. V., ya desde su inicio, José GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Ed. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, advirtiendo que el sistema de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 presentaba cierta «oscuridad» (pág. 316) y que calificaba de «totalmente insatisfactoria» la distinción legal mantenida hasta nuestros días de acuerdos nulos y anulables (pág. 317), o, entre otros muchos que comparten ese mismo juicio crítico, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *La junta general en las sociedades de capital*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 360 y ss., así como, entre los últimos, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales», en C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ESTEBAN VELASCO (dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, vol. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 261 y ss., esp. págs. 272-275, y, en igual sentido, en «Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales», en *La Notaría*, n.º 2/2013, págs. 60 y ss., esp. págs. 61-62. V., sin embargo, Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, «Órganos de la sociedad», en J. Garrigues y R. Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Madrid, 1976, págs. 549 y ss., esp. pág. 743, donde indica que, «en líneas generales, este sistema legal parece que sigue siendo el adecuado» —*idem* José María MUÑOZ PLANAS, «Impugnación de los acuerdos sociales. Arts. 115 a 122 LSA», en R. Uría, A. Menéndez y J. M. Muñoz, *La junta general de accionistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 309.
- (28) V., para estas diferencias, las dos contribuciones de Jesús QUIJANO GONZÁLEZ citadas en la nota anterior.
- (29) V., sobre estos acuerdos y sobre la necesidad de reformar el redactado de las causas de impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales», en L. M. PILOÑETA y M. IRIBARRÉN (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a José María Muñoz Planas*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 185 y ss.
- (30) El ICE 2013 considera que esta reducción está justificada por la mayor



- necesidad de estas sociedades de «*lograr pronto la debida estabilidad de los acuerdos sociales*» (pág. 29). V., sobre la necesidad de introducir especialidades en materia de impugnación de acuerdos de las sociedades cotizadas, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales», en C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ESTEBAN VELASCO (dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, vol. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 261 y ss., esp. págs. 276-277.
- (31) La contravención del reglamento de la junta —o del consejo, en el caso de impugnar acuerdos de este (art. 251 LSC)— es de nuevo cuño y el ICE 2013 la justifica por constituir un «*remedio útil para combatir las infracciones de estas normas internas de creciente importancia en la vida de las sociedades, sobre todo en las cotizadas, donde estas piezas de desarrollo normativo son obligatorias*» (pág. 29). Y es que, de acuerdo con el régimen anterior de impugnación, la doctrina dominante sostenía que la infracción del reglamento no constituye en sí misma causa de impugnación de la junta o de los acuerdos en ella adoptados (v., por todos, Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, «El reglamento de la junta general», en *La Ley*, n.º 1/2005, págs. 1724-1731, esp. pág. 1730).
- (32) Como es de sobra conocido, el Tribunal Supremo venía manteniendo que solo eran impugnables los acuerdos adoptados «*cuando la mayoría, con abuso de poder, decidió en su propio y exclusivo beneficio, con lesión de los intereses de la sociedad o, si se prefiere, de todos*» —STS de 17 de enero de 2012 (Compañía Transmediterránea, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2012:1686)—, exigiendo, por lo tanto, que «*los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad*» —STS de 7 de marzo de 2006 (José Royo, SA) [ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel] (ECLI:ES:TS:2006:1353) y, entre otras muchas en sentido similar, STS de 7 de diciembre de 2011 (Inversora Obelisco, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2011:9284) o STS de 29 de marzo de 2007 (Prouniversidad, SA) [ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta] (ECLI:ES:TS:2007:2220).
- (33) Nuestros repertorios nos muestran diversos grupos de casos donde el Tribunal Supremo, después de examinar caso a caso «*las circunstancias del caso concreto*» —STS de 6 de marzo de 2009 (Camanchaca, SL) [ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel] (ECLI:ES:TS:2009:940)—, venía admitiendo que los acuerdos adoptados con abuso de derecho contrariaban el interés social y eran impugnables —p. ej., STS de 7 de diciembre de 2011 (Inversora Obelisco, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2011:9284) o STS de 10 de noviembre de 2011 (Inmo inversión Eurogroup, SL) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2011:8283). Ejemplo destacado de esta doctrina lo constituyen los acuerdos sociales que niegan todo reparto de dividendos con el ánimo de perjudicar al socio minoritario —p. ej., STS de 7 de diciembre de 2011 (Inversora Obelisco, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2011:9284). V., con una última aproximación, Luis HERNANDO CEBRIÁ, «Los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital y el interés social: impugnación y otras consideraciones en el entorno de la crisis económica», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 85, 2013, págs. 11-70, esp. págs. 34-45.
- (34) La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 justifica esta restricción amparándose en la necesidad de «*evitar situaciones de abuso de derecho*». V., sobre la conveniencia de restringir la legitimación activa, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales», en C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Esteban Velasco (dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, vol. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 261-292, esp. págs. 283-284.
- (35) Derecho indemnizatorio ya contemplado en la impugnación de acuerdos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (art. 47.1 LME). V., sobre el mismo, y por todos, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La fase de ejecución (escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)», en F. Rodríguez Artigas et. al. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 645-720, esp. págs. 706-713.
- (36) En esta materia, el nuevo art. 204.2 LSC ha optado por aceptar que la revocación o la subsanación del acuerdo viciado puede efectuarse no solo antes, sino también después de interpuesta la demanda de impugnación. V., entre los últimos sobre esta cuestión, Ángel GARCÍA VIDAL, «La subsanación de un acuerdo social pendiente su impugnación», en *Derecho de los Negocios*, n.º 270, 2013, págs. 15-24.
- (37) V., sobre la problemática de la adopción de acuerdos con vicios de escasa relevancia, Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, «La impugnación de acuerdos por defectos formales», en *La impugnación de acuerdos sociales y del consejo de administración. Actuación a nombre de otro*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 181-250, esp. págs. 197-200.
- (38) V., sobre esta, antes de su reconocimiento legal, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «Impugnación de acuerdos y “prueba de resistencia”», en V. Cuñat Edo et al. (dir.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 281 y ss.
- (39) V., advirtiendo de los problemas que generaba el porcentaje del 5 %, Rocío MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, o también María Isabel CANDELLARIO MACÍAS, *La tutela de la minoría de la sociedad cotizada en bolsa. Examen de los derechos político-administrativos tras la Ley 26/2003*, Ed. Atelier, Madrid, 2007.
- (40) V. art. 23.1 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.
- (41) La reforma se aparta de este modo de quienes habían defendido (en especial, para las sociedades cotizadas) un sistema de porcentajes variables en función de la cifra de capital social. V., p. ej., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales», en *La Notaria*, n.º 2/2013, págs. 60 y ss., esp. págs. 64-65.
- (42) V., sobre estos aspectos de la impugnación de acuerdos en las sociedades cotizadas, con mayor extensión, María

- Ángeles ALCALÁ DÍAZ, *El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 142-152, y «Revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la junta general y tutela de la minoría en la sociedad cotizada», en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 617-682.
- (43) Y, al igual que ocurre en el art. 160.1.f) LSC, el art. 511 bis LSC se cuida de indicar que se presume «el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance».
- (44) V., sobre estas nuevas competencias y su relación con la incorporada en el art. 160.f) LSC, José Miguel EMBID IRUJO, «Las competencias de la junta general de la sociedad cotizada», disponible en http://commenda.es/actualidad_interior/221/las-competencias-de-la-junta-general-de-la-sociedad-cotizada [último acceso: 23 diciembre 2014], y también Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA, «Nuevas competencias expresadas de la junta general de las sociedades de capital», disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/nuevas-competencias-expresadas-de-la-junta-general-de-las-sociedades-de-capital.pdf> [último acceso: 23 diciembre 2014].
- (45) V., sobre el mismo, por último, Cristóbal ESPÍN GUTIÉRREZ, «Capítulo XIII. Derecho a conocer la identidad de los accionistas», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 581-602, esp. págs. 593-596.
- (46) Esto es, la misma participación que se exige para ejercer derechos de minoría tales como la solicitud de convocatoria de juntas o la inclusión de nuevos puntos del orden del día de las juntas (art. 495.2 LSC). V., sosteniendo la necesidad de superar un umbral mínimo de participación por parte del socio que pretenda acceder a los datos, Antonio B. PERDICES HUETOS, «Funciones de los registros de accionistas como instrumentos de legitimación y autenticación en las relaciones emisor-inversor», disponible en <http://centrogo-biernocorporativo.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/TransparenciaAccionarial.pdf> [último acceso: 23 diciembre 2014], págs. 25-55, esp. pág. 45-46.
- (47) V., defendiendo la extensión del derecho a las asociaciones de accionistas, Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Comentarios a las recomendaciones del Código Unificado del Buen Gobierno [publicado por la CNMV el 19 de mayo de 2006: junta general y derechos del accionista (recomendaciones 1, 3, 4, 5 y 6)]», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 27, 2006, págs. 31-63, esp. pág. 59.
- (48) V., sobre este precepto, entre los últimos, Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Información general previa a la junta (modificación del artículo 518 LSC)», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 518-538, y también Nuria LATORRE CHINER, «Convocatoria de la junta y derecho de información en la Directiva de Derechos y en el Proyecto de Ley español», en *Los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 117-147.
- (49) Un análisis del precepto prerreforma en Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Capítulo XII. Ejercicio del derecho de información del accionista», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 569-602.
- (50) V., sobre el precepto, Javier MARTÍNEZ ROSADO, «Derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo (introducción del nuevo artículo 519 LSC)», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 539-568.
- (51) La doctrina ya había señalado que el porcentaje del 5 % resultaba «casi inalcanzable» en el caso de las sociedades cotizadas. V., por todos, Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, «La Ley 19/2005, de 14 de noviembre. Convocatoria de la junta general y ampliación del orden del día por la minoría», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 26, 2006, págs. 19-38, esp. pág. 29, y también, señalando que el elevado porcentaje restringe el ejercicio del derecho del complemento de convocatoria, Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la junta general de las sociedades cotizadas y su impacto sobre el Derecho español», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 29, 2007, págs. 39-89, esp. pág. 55; Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y Alberto Javier TAPIA HERMIDA, «Primacía de los accionistas e ineficiencia de la junta (la reforma de la LSC y los derechos de los accionistas)», disponible en <http://eprints.ucm.es/14660/> [último acceso: 23 diciembre 2014], pág. 45, y Javier MARTÍNEZ ROSADO, «Derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo (introducción del nuevo artículo 519 LSC)», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 539-568, esp. págs. 545-546.
- (52) Sin embargo, recuérdese que nuestra Ley de Sociedades de Capital considera que la impugnación ha de recaer sobre acuerdos sociales, olvidando la posibilidad de que sea la propia junta la que padezca el defecto. V. al respecto, criticando su omisión en el anterior texto legal, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «Cuestiones (y propuestas) sobre la impugnación de la junta de socios», en *Liber amicorum a Juan Luis Iglesias*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 313 y ss.
- (53) V., para un estudio empírico de lo que sucedía en las sociedades anónimas españolas con la exigencia anterior, Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO, «La junta general en las sociedades cotizadas (algunas referencias empíricas sobre sus aspectos principales)», disponible en http://eprints.ucm.es/5878/1/Junta_general.pdf [último acceso: 23 diciembre 2014], págs. 29-30.
- (54) V., muy críticos con la transposición de la Directiva efectuada, Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Capítulo XV. Participación en la junta por medio de representante», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 631-689, esp. pág. 672; Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 37, 2011, págs. 119-140, esp. pág. 138, o Antonio RONCERO SÁNCHEZ,



- «Problemas y propuestas de revisión del régimen de la solicitud pública de representación en sociedades cotizadas», en C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Esteban Velasco (dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, vol. I, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 293-323, esp. pág. 300.
- (55) V., ya preconizando su licitud, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «La asistencia mixta del socio a la junta general», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 211-212, 1994, págs. 213 y ss., esp. págs. 224-225.
- (56) V., en torno a los diversos vínculos del administrador de la sociedad y cómo afectan a su retribución, entre muchos, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32, 2009, págs. 99-132, y, entre los últimos, Paula del VAL TALENS, «El doble vínculo y la retribución estatutaria de los servicios de los administradores sociales (comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 2013)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 60, 2013, págs. 161-186.
- (57) La disp. trans. de la Ley 31/2014 establece que las modificaciones introducidas por la Ley (p. ej., aprobación del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales, celebración del contrato con administradores ejecutivos, etc.) «deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad» al 1 de enero de 2015.
- (58) V., sobre este principio general, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores de las sociedades de capital*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 274, o Francisco TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 144.
- (59) Con anterioridad a la reforma, ya se reconocía como perfectamente lícito el hecho de adoptar estructuras más o menos complejas que combinen varias modalidades retributivas (p. ej., una cantidad mensual unida a otra preestablecida cuando se alcancen ciertos objetivos y acompañada de una suma por la asistencia a las reuniones del órgano de administración, etc.). V., p. ej., RDGRN de 19 de marzo de 2001 (Construcciones Frando, SA) [BOE de 8 de mayo de 2001] y RDGRN de 23 de febrero de 1993 (Bodegas Olarra, SA) [BOE de 24 de marzo de 1993].
- (60) Como advierte nuestra jurisprudencia, «el derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la junta, sino de los estatutos, y [por consiguiente] dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias» —STS de 19 de febrero de 2001 (Promotores de Empresas Hoteleras, SA) [ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández] (ECLI:ES:TS:2001:1175). Con otras palabras, si los estatutos nada dicen sobre la remuneración de los administradores, o cuando expresamente indiquen que el cargo se ejercerá de forma gratuita, ni la junta ni, por supuesto, el órgano de administración podrán suplir esa carencia y conferirles una retribución no prevista. V. STS de 21 de abril de 2005 (Ocariz, SA) [ponente: Clemente Auger Liñán] (ECLI:ES:TS:2005:2464) afirmando que «la retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el consejo de administración, pues para hacerlo es necesario modificar los estatutos en junta general».
- (61) V., sobre el equilibrio entre responsabilidad y retribución de los administradores, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. págs. 20-23.
- (62) V., en relación con esta última exigencia, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Un problema de la administración desleal de los órganos societarios: la remuneración abusiva de los administradores», en *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedeman*, Ed. USMP, Madrid, 2011, págs. 469-492.
- (63) V., por todas, RDGRN de 19 de marzo de 2001 (Construcciones Frando, SA) [BOE de 8 de mayo de 2001] negando que pueda exigirse «la fijación estatutaria de la cuantía concreta de la retribución», ya que, además de no venir impuesto por la Ley, «se avendría mal con la propia naturaleza de los estatutos sociales como norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, al margen de las circunstancias tan cambiantes como puede ser la referida cuantía retributiva».
- (64) V., para ambas citas, STS de 21 de abril de 2005 (Ocariz, SA) [ponente: Clemente Auger Liñán] (ECLI:ES:TS:2005:2464). Y así han sido muy frecuentes los ejemplos registrales donde se rechaza la inscripción por entender que se remitía a la junta de socios la decisión sobre la existencia de la retribución o sobre su modalidad y alcance económico. V., p. ej., RDGRN de 19 de marzo de 2001 (Construcciones Frando, SA) [BOE de 8 de mayo de 2001], RDGRN de 21 de septiembre de 1999 (Suministros Galaicos de Automoción, SL) [BOE de 14 de octubre de 1999], RDGRN de 18 de septiembre de 1999 (Mediasonic, SL) [BOE de 27 de octubre de 1999], RDGRN de 15 de septiembre de 1999 (BMCOM, SL) [BOE de 9 de octubre de 1999] o RDGRN de 23 de febrero de 1993 (Bodegas Olarra, SA) [BOE de 24 de marzo de 1993].
- (65) En efecto, ya bajo el régimen anterior era pacífico aceptar que, cuando una sociedad contara con varios administradores, se considerara perfectamente lícito, en lo que se refiere a su retribución, que los administradores percibieran cantidades desiguales, si el criterio o criterios aplicables que permitían esa repartición desigual (p. ej., cargo desempeñado, antigüedad en el órgano, etc.) constaban en los estatutos o, como es lo más usual, allí se encargaba la concreta distribución a la junta de socios o, como muestra la práctica más extendida, al propio órgano de administración (arg. arts. 124.3 y 185.4.II RRM). V. RDGRN de 19 de febrero de 1998 (Julián Sanz Soria, SL) [BOE de 12 de marzo de 1998] advirtiendo que nada obsta a que se establezcan retribuciones distintas para unos u otros administradores.
- (66) V., sobre la remuneración de las distintas clases de consejeros, por último, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», en *Indret*, n.º 1/2014, págs. 37-44.
- (67) Al respecto, conviene advertir que se mantiene como porcentaje máximo de participación para las sociedades limitadas el 10 % de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218.2 LSC), y que, para las anónimas, se aclara que el 4 % de dividendo mínimo exigido por el art. 218.3 LSC se calcula sobre el valor nominal de las acciones. V., sobre este sistema de retribución, Esperanza GALLEGÓ SÁNCHEZ, «Artículo 218. Remuneración mediante

- participación en beneficios», en A. ROJO y E. BELTRÁN (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 1666-1561, y, con algo más de detalle, Mario SÁNCHEZ LINDE, «En torno a la participación en beneficios como sistema de remuneración de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada», en I. ARROYO (coord.), *Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 535-544.
- (68) V. STS de 23 de mayo de 2014 (Promociones Vera Garrucha, SL) [ponente: Sebastián Sastre Papiol] (ECLI:ES:TS:2014:2037) señalando que «la fuente de deberes que se le imponen en su condición de administradores es, entre otras, la de cumplir y respetar las normas que afectan a la actividad social o sectorial, si se prefiere. El cumplimiento de este “deber objetivo de cuidado” que, como ha afirmado la doctrina, consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un “ordenado empresario” y cumplir los deberes impuestos por las leyes (artículo 266 LSC) en relación con los terceros directamente afectados por su actuación».
- (69) El ICE 2013 justifica esta última aplicación del deber de diligencia «de manera diferenciada en atención a las funciones encomendadas a cada administrador (puede no ser lo mismo, a este respecto y en relación con determinadas decisiones, un consejero ejecutivo que un consejero externo) [al considerar], de alguna manera, la división y especialización del trabajo en el seno del órgano (por ejemplo, el cometido específico de los miembros de distintas comisiones), todo ello de acuerdo con la directrices doctrinales más recientes y atendibles» (págs. 37-38).
- (70) Como se ha señalado, el modelo de diligencia «no impone, por tanto, a los administradores una obligación de resultado, referida a las consecuencias de su actuación, sino una obligación de medios, por la que se establece el modo en que deben llevar a cabo sus funciones». V., para la cita, y entre otros muchos que sostienen esta idea, Guillermo GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en G. GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 37-84, esp. pág. 59.
- (71) El art. 529 *terdecies* LSC expresa, para las sociedades cotizadas, que las actas de todas las comisiones existentes (p. ej., de auditoría, nombramientos y retribuciones, etc.) «deberán estar a disposición de todos los miembros del consejo de administración».
- (72) Nuestra jurisprudencia ya venía reconociendo, en el ámbito de las decisiones empresariales, la libertad de juicio y actuación de los administradores. V., p. ej., STS de 17 de enero de 2012 (Compañía Transmediterránea, SA) [ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos] (ECLI:ES:TS:2012:1686), en donde se indica que «corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales, ya que, como señala la STS 12-7-1983, aquel “escapa por entero al control de la Jurisdicción”. Pese a lo cual, como sostuvimos en la STS 6-10-2010, la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna justifica que, dentro de ciertos límites, el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero, como precisa la STS 29-3-2007, “siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales”.
- (73) EL ICE 2013 señala al respecto que «se trata de una exigencia necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos» (pág. 38). V., ya preconizando una política de indulgencia con las infracciones del deber de diligencia, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. págs. 41-42, quien la basa en las siguientes tres circunstancias: primera, «la existencia de un cierto alineamiento natural de los incentivos de los administradores y los intereses de los accionistas en este ámbito, lo cual permite presumir que las conductas negligentes representan para la compañía solo un riesgo moderado»; segunda, «la existencia de mecanismos disciplinarios o de enforcement alternativos provistos por las fuerzas del mercado, que determinan que no haya una especial necesidad de contar con instrumentos legales de protección»; tercera, «la existencia de una enorme incertidumbre sobre el juicio de negligencia, de la cual se derivan notables costes para la sociedad (escala de las retribuciones, dificultades en el reclutamiento de consejeros de calidad, excesivas precauciones en el proceso decisorio, estrategias industriales conservadoras, etc.)».
- (74) V., sobre esta obligación de restitución por enriquecimiento injusto, semejante a la contenida en el CCom. para algunas violaciones del deber de lealtad, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pág. 62, y «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. págs. 38-39, o, entre muchos otros, Vicenç RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 679-681.
- (75) V., sobre la necesidad de reorganizar el catálogo de los deberes de los administradores, en especial, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. págs. 25-26, y también Guillermo GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», en G. GUERRA MARTÍN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 37-84, esp. págs. 67-68, o, entre otros, Vicenç RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 490-491. Y, defendiendo la necesidad de una reforma legal también para las sociedades cotizadas, v. María Ángeles ALCALÁ DÍAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 447-496, esp. págs. 483-495.
- (76) V., acerca del carácter imperativo del deber de lealtad, Vicenç RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 388-410, y, en torno al carácter imperativo del régimen de responsabilidad derivado del deber de lealtad, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «De-



- ber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. págs. 28-29.
- (77) Con todo, el art. 230.3 LSC se cuida de precisar que la obligación de no competir con la sociedad «solo podrá ser objeto de dispensa [mediante acuerdo separado y expreso] en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa».
- (78) V., al respecto, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. pág. 28, sosteniendo que «el principio de imperatividad no ha de ser incompatible, sin embargo, con un principio de dispensabilidad ad hoc, en cuya virtud puedan ser autorizadas, caso por caso, las transacciones interesadas que puedan presentarse», y que «nos inclinamos a pensar que la competencia para impartir la autorización debe ser atribuida a la junta general, pero solo en los casos más graves [...]. En el resto de los casos, debe admitirse que la conceda el órgano de administración u otra instancia de la sociedad formada única y exclusivamente por administradores independientes». V. también, sobre el carácter individualizado y expreso de la autorización, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y Vicente MAMBRILLA RIVERA, «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, vol. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 915-990, esp. pág. 963, y, sobre el órgano competente, Vicenç RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 604-612.
- (79) V., ya señalándolo, Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS y Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA, «La acción social de responsabilidad», en G. Guerra Martín (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 151-194, esp. págs. 155-156.
- (80) V., sobre este presupuesto, Alberto ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, n.º 198, 1990, págs. 639-727, esp. págs. 675-680, y Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ, «Presupuestos de responsabilidad de los administradores», en G. Guerra Martín (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 103-150, esp. págs. 123-133.
- (81) V., sobre la configuración del administrador de hecho, entre muchos, Nuria LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Ed. Comares, Granada, 2003, págs. 20-27, y Alberto ALONSO UREBA, «Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)», en G. Guerra Martín (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 85-102, esp. págs. 88-96.
- (82) V., sobre la extensión a los altos cargos de los deberes y el régimen de responsabilidad de los administradores, Esperanza GALLEGUO SÁNCHEZ, *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, págs. 635-663.
- (83) V., sobre los problemas que resultaban para determinar la responsabilidad de la persona física representante, entre los últimos, Joaquim CASTAÑER CODINA, «Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo artículo 212 bis LSC)», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 237-260, esp. págs. 251-255, e Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ, «El representante del administrador persona jurídica», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 128, 2012, págs. 35-66, esp. págs. 58-62.
- (84) Tal y como expone el ICE 2013, «de lo que se trata es de incrementar la eficacia de este capítulo fundamental del gobierno corporativo y de armonizar su tratamiento con otras propuestas realizadas por esta Comisión de expertos en este mismo documento, señaladamente en materia de impugnación de acuerdos sociales» (pág. 38). Nuestra jurisprudencia ya había admitido esta posibilidad para algún caso particular. V. STS de 20 de junio de 2013 (A. H. F. Gestió Educativa, SL) [ponente: Rafael Saraza Jimena] (ECLI:ES:TS:2013:3605) señalando que «no es requisito imprescindible que se convoque una junta de socios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Dado que el demandante es titular de participaciones sociales que suponen más del 5 % del capital social, bastaba que hubiera solicitado a los administradores la convocatoria de junta para que esta decidiera sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y que los administradores no la hubieran convocado, o se hubiera adoptado un acuerdo contrario al ejercicio de la acción, para que el demandante hubiera estado legitimado para ejercitarla en defensa del interés social».
- (85) V., planteando la necesidad de reformar la normativa societaria para facilitar la exigencia de responsabilidad en materia de deber de lealtad, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 13-73, esp. pág. 33-36.
- (86) El nuevo régimen no solo convierte en ociosa la abundante jurisprudencia que recordaba que el plazo del art. 949 CCom. era común a todas las acciones de responsabilidad basadas en la actividad orgánica de los administradores —v., por todas, STS de 24 de abril de 2014 (s. n.) [ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel] (ECLI:ES:TS:2014:1765)—, sino también las disquisiciones sobre cuándo debía entenderse efectuado el cese del administrador para los terceros —v., entre otras muchas, STS de 19 de noviembre de 2013 (Mariscos Cholamar, SL) [ponente: Rafael Saraza Jimena] (ECLI:ES:TS:2013:5637). Aunque, bien visto, ahora la polémica se desplazará probablemente a la determinación del «día en que hubiera podido ejercitarse» la acción de responsabilidad.
- (87) Sobre la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas, es obligada la cita de Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», en *Indret*, n.º 1/2008, pág. 74.
- (88) Entre las que se encuentra la «formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general» [letra e)] o la «convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos», materia esta última que ya la jurisprudencia había considerado como competencia indelegable del órgano de administración. V., entre las últimas, STS de 13 de junio de 2012 (Curtidos Prieto, SL) [ponente: Ignacio Sancho Gargallo] (ECLI:ES:TS:2012:4018).

- (89) V., sobre la delegación de funciones del consejo, el clásico trabajo de Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejo de administración: la delegación en el órgano administrativo de la SA*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1971, y también «La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 1, 1993, págs. 91-114, y, más recientemente, Fernando MARTÍNEZ SANZ, «Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima», en *Derecho de Sociedades: libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1739-1770, y José Ramón SALELLES CLIMENT, «Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración», en A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 1794-1805.
- (90) Vinculado con esto, ha de advertirse que el art. 529 *duodecies.6* LSC aclara expresamente que no puede discutirse la validez de los acuerdos del consejo que realicen una «*asignación incorrecta de la categoría de consejero*» (p. ej., ejecutivo, no ejecutivo dominical, no ejecutivo independiente, no ejecutivo externo). En esta cuestión, v. Alberto ALONSO UREBA, «Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los arts. 133.3 (responsabilidad de los administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005, págs. 19-69.
- (91) Curiosamente, no se ha adecuado a este nuevo régimen la impugnación de los acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas europeas acogidas al sistema dual (art. 491 LSC).
- (92) El precepto se está refiriendo al modelo de sistema de administración por el cual deberán regirse las cotizadas, ya que, realmente, y al margen de lo que después se dirá, lo cierto es que la estructura de administración de las sociedades cotizadas españolas es bastante más compleja por existir administradores ejecutivos encargados de la gestión y un consejo de administración que, teóricamente, los supervisa. Es decir, un modelo monista revisado. V., al respecto, Gaudencio ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 137-212, y «La separación entre dirección y control: el sistema monista español frente a la opción entre los distintos sistemas que ofrece el Derecho Comparado», en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 727-768, y Alberto ALONSO UREBA, «Hacia un modelo monista revisado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista», en C. Alonso et al. (dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades en España*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 567-639.
- (93) Salvo ciertas excepciones previstas en el mismo art. 529 *ter.1.h*) LSC.
- (94) El precepto examinado contiene una larga lista de supuestos en que los consejeros no pueden calificarse como *consejeros independientes* (p. ej., debido a que han sido empleados o consejeros ejecutivos de sociedades del grupo, salvo que hubieran transcurrido tres o cinco años, respectivamente, desde el cese en esa relación; por haber sido consejeros ejecutivos o altos directivos de otra sociedad distinta en la que algún consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad sea consejero externo, etc.).
- (95) V., sobre las diversas modalidades de consejeros, Gaudencio ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 184-206, y Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores de las sociedades de capital*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 520-523.
- (96) Al respecto, es llamativo que la Ley 31/2014 se haya cuidado de establecer, sobre esta categorización de consejeros, una doble reserva. Por un lado, la previsión de que, si bien el acuerdo de la junta general o del consejo (en caso de cooptación) «*deberá contener la categoría del consejero [esta mención será] suficiente para su inscripción, y sin que el Registrador Mercantil pueda entrar a valorar el cumplimiento de los requisitos para la adscripción a la referida categoría*», y, por otro, al afirmar que, en todo caso, «*una asignación incorrecta de la categoría de consejero no afectará a la validez de los acuerdos adoptados por el consejo de administración*» (art. 529 *duodecies.6* LSC), reformando así, aunque sea de forma indirecta, la posibilidad de impugnar dicho acuerdo viciado por ser contrario a la ley o al reglamento del consejo (v. art. 251.2 LSC).
- (97) V., en torno a la duración del cargo de administrador de la sociedad cotizada, Alberto ALONSO UREBA y Antonio RONCERO SÁNCHEZ, «Sistema de elección de los consejeros, comité de nombramiento», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 213-243, esp. págs. 230-233, y, abordando un supuesto concreto, María Teresa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Admisibilidad de cláusula estatutaria fijando plazos desiguales de duración del cargo de consejero en sociedades cotizadas (a propósito de la RDGRN 26 de Marzo de 2002)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 87, 2002, págs. 267-296.
- (98) Ha de tenerse presente que la disp. *trans. 4.ª* de la Ley 31/2014 establece que los consejeros nombrados con anterioridad al 1 de enero de 2014 «*podrán completar sus mandatos aunque excedieran de la duración máxima*» de cuatro años.
- (99) V., señalando que en nuestras sociedades cotizadas es habitual proceder al nombramiento de consejeros por cooptación, Alberto ALONSO UREBA y Antonio RONCERO SÁNCHEZ, «Sistema de elección de los consejeros, comité de nombramiento», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 213-243, esp. págs. 233-235.
- (100) Ciertamente, el art. 529 *decies.2.b*) LSC no es afortunado al establecer que «*de producirse la vacante una vez convocada la junta general y antes de su celebración, el consejo de administración podrá designar un consejero [cooptado] hasta la celebración de la siguiente junta general*», ya que, como será fácil compartir, esta redacción ofrece un alto grado de incertidumbre.
- (101) V., entre las múltiples iniciativas de diverso tipo promoviendo la igualdad de género en la participación en los órganos de administración de las sociedades, el art. 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. V., al respecto, Antonio B. PERDICES



- HUETOS, «Apuntes sobre el género del consejo de administración de las sociedades mercantiles», en E. Serra *et al.* (coord.), *Eficiencia, igualdad y empresa: la aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 201-212.
- (102) El ICE 2013 no se pronunciaba sobre la separación de cargos, entendiendo que era preferible que esta cuestión quedase en el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno, pero sí que recomendaba lo que el art. 529 septies LSC ha acogido para el supuesto de que ambos cargos se acumulen en una misma persona: «La sociedad debe contar, sea como sea, con adecuadas medidas de contrapeso [consistente en la inclusión] de la figura del consejero coordinador» (apdo. 4.4.2 ICE 2013).
- (103) Dos observaciones sobre estas. Por un lado, sorprende que se haya regulado un conjunto de funciones mínimas del presidente en sede de cotizadas y nada se diga para las no cotizadas, cuando, como es claro, aquí no parece que exista ningún elemento diferenciador. Y, por otro, también hay que advertir que algunas de las funciones que allí se citan ya estaban previstas en otros preceptos legales —p. ej., la facultad del art. 529 sexies.2.b) LSC de, «salvo disposición estatutaria en contra, presidir la junta general de accionistas» ya estaba contemplada en el art. 191 LSC.
- (104) V., ya de antes, el art. 109.1.a) RRM y la RDGRN de 8 de enero de 2011 (Asesores Fiscales y Financieros Asociados, SA) [BOE de 22 de febrero de 2011].
- (105) Aquí cabe reproducir la misma observación sobre la ilógica de que este precepto solo sea aplicable a las sociedades cotizadas, en vez de tener carácter general y aplicarse tanto a toda clase de anónimas como a las limitadas.
- (106) También contiene normas sobre el acuerdo de su separación del cargo que, sin embargo, no se expresan para el presidente. V. también la RDGRN de 8 de enero de 2011 (Asesores Fiscales y Financieros Asociados, SA) [BOE de 22 de febrero de 2011] en relación con el efecto del cese de un consejero secretario que dimite solo como secretario y que «puede seguir siendo consejero, pero la dimisión como consejero no implica necesariamente que se convierta en secretario no consejero».
- (107) Algunas ya reclamadas por Federico SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, «El secretario del consejo», en *Los consejos de administración españoles en una economía globalizada*, Ed. Círculo de Empresarios, Madrid, 1997, págs. 421-446, y Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «El secretario del consejo de administración», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 273-304.
- (108) Esta última precisión no consta en el CUBG, pero sí en el apdo. 4.3.7 ICE 2013, que lo justifica en la conveniencia de evitar que «se pueda debilitar la capacidad efectiva de ejercicio de las facultades de supervisión».
- (109) V., repitiendo esa obligación informativa, art. 529 sexies.2.c) LSC (para el presidente del consejo) y art. 529 octies.2.c) LSC (para el secretario).
- (110) Sobre los cuales, en detalle, v. Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 305-371, esp. págs. 342-350.
- (111) Esta regla se separa claramente de la jurisprudencia y de la doctrina registral, que, hasta la fecha, venían manteniendo que «el orden del día o la relación de temas a tratar, al contrario de lo que ocurre en la junta de socios [...], no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del consejo [por lo que] en principio, la validez de la convocatoria no queda supeditada a la inclusión de los asuntos que forman el orden del día, de forma que pueden ser tratados todos los asuntos que el consejo considere oportunos» —v., para esta cita, STS de 20 de mayo de 2013 (Pontala Cao, SL) [ponente: Ignacio Sancho Gargallo] (ECLI:ES:TS:2013:2713) y, en sentido similar, RDGRN de 19 de abril de 1991 (BPmed, SA) [BOE de 5 de junio de 1991], RDGRN de 18 de abril de 1991 (BPmed, SA) [BOE de 5 de junio de 1991] y RDGRN de 17 de abril de 1991 (BPmed, SA) [BOE de 5 de junio de 1991].
- (112) V. para esta cita, STS de 20 de mayo de 2013 (Pontala Cao, SL) [ponente: Ignacio Sancho Gargallo] (ECLI:ES:TS:2013:2713).
- (113) El apdo. 4.10.2 ICE 2013 lo justifica por la «especial responsabilidad y dedicación exigible a los consejeros de las sociedades cotizadas», aunque, bien visto, la verdad es que es fácil comprobar cómo el número de acciones de responsabilidad ejercidas contra consejeros de cotizadas es muy inferior al de las no cotizadas y, por otra parte, la dedicación exigible a los consejeros «en cuanto tales» (por usar la expresión legal) no parece ser excesiva, si se recuerda que «el consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre, con la finalidad de que mantenga una presencia constante en la vida de la sociedad» (Exposición de Motivos, apdo. V).
- (114) Esta modificación ha sido defendida tanto por el art. 283.40.1 PCM como por el apdo. 4.10.2 ICE 2013.
- (115) El art. 529 novodicies.4 LSC dispone que, si el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros «fuera rechazado en la votación consultiva de la junta general ordinaria, la política de remuneraciones aplicable para el ejercicio siguiente deberá someterse a la aprobación de la junta general con carácter previo a su aplicación, aunque no hubiese transcurrido el plazo de tres años anteriormente mencionado», salvo que, claro está, la política de remuneraciones se hubiera aprobado en esa misma junta general ordinaria. Ha de tenerse presente que la disp. trans. 2.ª de la Ley 31/2014 establece unas reglas particulares sobre el sometimiento del informe sobre remuneraciones de consejeros a la junta general.
- (116) V., sobre la especialidad de la retribución de los consejeros de la sociedad cotizada, Javier JUSTE MENCÍA, «Retribución de consejeros», en G. Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1999, págs. 497-536, y Manuel Antonio DOMÍNGUEZ GARCÍA, «Retribución de los administradores de las sociedades cotizadas: la comisión de retribuciones», en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, vol. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 1055-1086.
- (117) La determinación de la remuneración de cada uno de los consejeros se atribuye «al consejo de administración», aunque nada parece impedir que, tal y como reconoce la regla general del art. 217.3 LSC, la junta general pueda establecer otra cosa, y, en todo caso, «tendrá en cuenta a tal efecto las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes» (art. 529 septdecies.2 LSC).
- (118) La disp. trans. de la Ley 31/2014 establece que las modificaciones introdu-



Doctrina

cidas por la Ley en esta materia (p. ej., celebración del contrato con administradores ejecutivos, etc.) «deberán acordarse en la primera junta general que se celebre con posterioridad» al 1 de enero de 2015. V., sobre la especialidad de la retribución de los consejeros ejecutivos, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La retribución de los consejeros ejecutivos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n.º 47, 2009, págs. 267-372, y «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», en *Indret*, n.º 1/2008, págs. 29-39.

- (119) Este régimen es también aplicable a las entidades emisoras de valores distintos de las acciones admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales (disp. adic. 9.ª de la Ley 31/2014).
- (120) Este redactado proviene del texto propuesto por el apdo. 4.11.1 ICE 2013, que, a su vez, está basado en el art. 283.41 PCM, «con determinadas correcciones técnicas».
- (121) Al margen de los trabajos sobre la comisión de retribuciones y la comisión

de auditoría, puede consultarse, con carácter más general, Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las comisiones de supervisión y control del consejo de administración (recomendaciones 44 a 58)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 27, 2006, págs. 149-160.

- (122) La disp. final 1.ª de la Ley 31/2014 también modifica el art. 100.b) LMV, relativo a la falta de elaboración o de publicación del informe anual de gobierno corporativo o del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros. V., sobre la configuración del informe anual de gobierno corporativo en el art. 61 bis LMV, Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, «Informe anual de gobierno corporativo», en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, vol. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 1445-1476.
- (123) V., sobre el régimen general de esa página web, Ignacio FARRANDO MIGUEL, «La página web de la sociedad y el régimen de comunicaciones electrónicas entre socios y sociedad», en F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y

F. González Castilla (dir.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 55-96, esp. págs. 62-68, y, en particular para la de las cotizadas, Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Régimen jurídico de la información y la transparencia», en F. Vives Ruiz (coord.), *La sociedad cotizada*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006, págs. 731-784, esp. págs. 743-745.

- (124) En la línea de lo que se había reclamado por la doctrina, v., p. ej., Carmen ALONSO LEDESMA, «La asociación de accionistas», en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 503-540.
- (125) Las sociedades mercantiles no cotizadas que no presenten cuentas anuales abreviadas también estarán obligadas a publicar su periodo medio de pago a proveedores en su página web, en caso de que la tuvieran.

El desahucio de la vivienda: un procedimiento lento, caro y traumático

Cristina Maestre Fuentes

Secretaria Judicial

Coordinadora del equipo de implementación de la oficina judicial en Cataluña

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DESAHUCIO DE LA VIVIENDA
- III. FUNCIONAMIENTO DEL DESAHUCIO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL
- IV. PROPUESTAS DE MEJORA DEL DESAHUCIO
- V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Garantizar el derecho a la vivienda es fundamental para la convivencia social. En nuestro sistema económico actual, una de las claves para facilitar el acceso a la vivienda es potenciar el mercado de la vivienda de alquiler mediante la protección de los propietarios. Esta protección debe consistir, sobre todo, en minimizar el riesgo económico de los propietarios ante situaciones de impago

de la renta. Una forma de minimizar este riesgo es asegurar que el procedimiento para resolver el contrato de alquiler y recuperar la posesión de la vivienda sea lo más ágil posible.

La ley ha diseñado el juicio de desahucio como un procedimiento sencillo y especial,⁽¹⁾ pero, en la práctica, no es lo suficientemente eficaz para proteger a los propietarios y, por lo tanto, repercute en el mercado inmobiliario. El desahucio es, en la práctica judicial, un procedimiento lento, caro y traumático. Por este motivo, deben adoptarse medidas para agilizar y reducir el coste del desahucio y, en definitiva, para proteger con más eficacia los intereses de las partes.

II. EL DESAHUCIO DE LA VIVIENDA

1. Los intereses prioritarios del arrendatario y del arrendador de una vivienda

El interés prioritario del arrendatario de una vivienda es satisfacer su derecho a una vivienda digna. El derecho a una vivienda digna y adecuada está consagrado como un derecho constitucional (art. 47 CE).

Para facilitar el acceso a la vivienda es necesario, y así lo reconoce el legislador,⁽²⁾ incrementar el parque de viviendas





de alquiler. Incrementar este parque inmobiliario implica flexibilizar y dinamizar el mercado de forma que pueda atraer al mayor número posible de viviendas en manos de propietarios privados. Para estimular el mercado de alquiler de la vivienda, es fundamental que los propietarios de fincas se sientan seguros y se atrevan a alquilarlas.

El arrendador de una vivienda necesita, sobre todo, tener la seguridad de que cobrará las rentas y cantidades asimiladas, así como tener la seguridad de que, en caso de impago, podrá recuperar rápidamente la posesión de la finca. La seguridad contractual —manifestación privada del principio constitucional de seguridad jurídica—⁽³⁾ significa que cada parte contratante confía en que la otra parte cumplirá las obligaciones que le corresponden y que, en caso de incumplirlas, hay mecanismos eficaces para impulsar el cumplimiento y/o para reparar el daño provocado por este incumplimiento.⁽⁴⁾

Los principales mecanismos para impulsar el cumplimiento de las obligaciones contractuales son el acuerdo entre las partes y el procedimiento judicial. En el caso de que el arrendatario no pague las rentas, el mecanismo que más utilizan⁽⁵⁾ los arrendadores es el juicio de desahucio.

Es frecuente que en tiempos de crisis el arrendatario deje de percibir los ingresos que permiten pagar la renta. Por ello y aun considerando el acuerdo como la mejor solución para las partes, el procedimiento judicial se convierte finalmetne en la única solución para el arrendador

A pesar de que el acuerdo es la solución más rápida, más económica y menos traumática para las partes, en los casos de impago de renta, es muy difícil que las partes lleguen a un acuerdo. Es habitual en tiempos de crisis que, de forma sobrevenida y prolongada en el tiempo, el arrendatario deje de percibir los ingresos suficientes para pagar las rentas. En esta situación económica del arrendatario, puesto que no puede alquilar otra vivienda ni dispone de otro espacio para vivir, no hay margen para la negociación de las partes. Por esta razón, el procedimiento judicial es, en la



FICHA TÉCNICA

Resumen: Estudio práctico sobre el juicio verbal de desahucio de la vivienda a partir de las reformas operadas por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética, y por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.

La reforma conlleva una mejora del diseño legal del desahucio, pero, según el análisis del tiempo de tramitación, de las costas procesales y de la experiencia en las oficinas judiciales, el desahucio no es lo suficientemente eficaz. En la práctica judicial, el desahucio es un procedimiento lento, caro y traumático para las partes. Deben adoptarse medidas para agilizar, reducir el coste y proteger con más eficacia los intereses de las partes del desahucio.

Garantizar más protección al arrendador ante situaciones de impago de la renta es una de las llaves para potenciar el mercado de la vivienda de alquiler. En nuestro sistema económico, es conveniente estimular este mercado inmobiliario para facilitar el acceso a la vivienda a los ciudadanos y mejorar la convivencia social.

Palabras clave: Desahucio, alquiler, vivienda, plazos procesales, costas procesales, oficina judicial.

Abstract: Practical study on the verbal judgment of eviction of housing on the basis of the reforms operated by law 19/2009 of 23 November, of measures for the promotion and streamlining litigation of the rent and energy efficiency, and by the law 4/2013, of 4 June, easing measures and promotion of the market for rental housing.

The reform implies an improvement of legal design of eviction. But, according to the analysis of the processing time, of the procedural coasts and experience in judicial offices, the eviction is not effective enough. In judicial practice, the eviction is slow, expensive and traumatic for the parties. It is necessary to adopt measures to streamline, reduce the cost and more effectively protect the interests of the parts of the eviction.

Guarantee more protection to the lessor in front of situations of non-payment of rent is one of the keys to the rental housing market. In our economic system, it is advisable to stimulate this real estate market in order to facilitate access to housing to citizens and improve social coexistence.

Keywords: Eviction for rent, rental housing, housing, procedural deadline, court office, legal costs.

práctica, la única solución para el arrendador.

2. El diseño legal del juicio verbal de desahucio

Uno de los principales conflictos del alquiler de vivienda es el impago de la renta. En estos casos, el procedimiento judicial específico es el juicio verbal de desahucio. El desahucio es el procedimiento para reclamar las rentas o cantidades asimiladas impagadas, para resolver el contrato de alquiler y para recuperar la posesión de la finca.

A partir de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) diseña el juicio de desahucio como un juicio verbal y sumario⁽⁶⁾ con características del proceso monitorio.⁽⁷⁾ La finalidad de este diseño es favorecer una respuesta judicial rápida.

En el desahucio, diferenciamos dos fases. La primera fase consiste en requerir el desalojo y pago al arrendatario, con la advertencia de desalojo forzoso, y en ofrecerle la posibilidad de pagar por enervarlo (en el caso de que sea posible) o de oponerse⁽⁸⁾ a la demanda. La segunda fase —o fase de ejecución— se produce cuando el arrendatario no ha cumplido el requerimiento y consiste en el desalojo forzoso —lanzamiento— y/o en el cobro forzoso de las cantidades adeudadas.

En la primera fase del desahucio, el arrendatario dispone de un plazo legal de diez días desde el requerimiento judicial para desalojar la finca, pagar al arrendador, pagar por enervar la acción u oponerse al desahucio por motivos limitados (razones por las cuales considera que no debe, en su totalidad o parcialmente, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a si es procedente o no la enervación).⁽⁹⁾ La oficina judicial tiene en cuenta estas dos fases y programa una fecha para el juicio (en previsión de la posible oposición del arrendata-



rio) y otra para el desalojo (ya que el arrendatario puede ser que no desaloje la finca).

En la fase de ejecución del desahucio, podemos diferenciar dos actuaciones: la diligencia de lanzamiento, para devolver la posesión de la finca al arrendador, y los actos de apremio sobre el patrimonio del arrendatario, para pagar la deuda al arrendador.⁽¹⁰⁾

III. FUNCIONAMIENTO DEL DESAHUCIO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

La reforma del diseño procesal del desahucio que ha realizado la citada Ley 19/2009 ha comportado un gran avance en sencillez y agilidad, pero, a la vez, ha sido insuficiente. En la práctica judicial, el desahucio es lento, caro y traumático para los intereses de las partes.

1. Procedimiento lento

Desde el punto de vista legal, el desahucio es un procedimiento ágil con plazos cortos. Sin embargo, en la práctica, de acuerdo con los plazos legales y forenses, la oficina judicial tarda como mínimo 5,15 meses en tramitar el desahucio, desde la presentación de la demanda hasta el lanzamiento.

Para calcular el tiempo de tramitación del desahucio, debe tenerse en cuenta que el cómputo de los plazos procesales excluye los días inhábiles (art. 132.2 LEC); que no todas las actuaciones judiciales tienen establecido un plazo fijo —en este caso, se debe practicar sin dilación (art. 132.2 LEC)—, y que, al computar los plazos de las partes para presentar escritos, debemos prever la posibilidad de presentarlos antes de las 15 h del día siguiente a la fecha del vencimiento (art. 135.1 LEC).

A partir de estas consideraciones generales, calculamos los días hábiles de tramitación mediante la suma de los plazos legales y/o forenses para los trámites procesales siguientes:

- a) Trámite de registro y reparto: dos días desde que se presenta la demanda hasta que se reparte al juzgado correspondiente (art. 69 LEC).
- b) Trámite de admisión de la demanda: desde el reparto hasta el decreto de admisión, no hay establecido un pla-

zo concreto, lo que significa que debe hacerse sin dilación (art. 132.2 LEC). Es conveniente incoar la demanda el mismo día o el día siguiente del reparto de la demanda (un día), pero la sobrecarga de gran parte de las oficinas judiciales, sobre todo en los juzgados mixtos, y el hecho de que, en muchos casos, hay que subsanar defectos formales de la demanda aumentan este tiempo de respuesta. Por estos motivos, en la práctica, es habitual incoar el desahucio a los quince días de la recepción de la demanda en el juzgado, como plazo medio.

- c) Fecha para el juicio: según la disponibilidad de la agenda del Juez o la Jueza. De acuerdo con el art. 440.1 LEC, el tiempo desde la citación hasta la fecha del juicio debe ser de un mínimo de diez días y de un máximo de veinte. En la práctica, es casi imposible cumplir este plazo, ya que la oficina tiene que prever las posibles incidencias a la hora de citar y requerir al arrendatario.
- d) Trámite de citación y requerimiento personal al arrendatario: el art. 151.1 LEC dispone que todas las resoluciones procesales deben notificarse en el plazo máximo de tres días, pero el requerimiento judicial al arrendatario es una diligencia personal que requiere más tiempo para practicarse (art. 440.3 y 161 LEC). Practicar el requerimiento exige un margen de tiempo mínimo de quince días. En primer lugar, debe prepararse la diligencia de comunicación, la ruta y el medio de transporte. En segundo lugar, si el primer intento es negativo, hay que intentarlo de nuevo con un margen de tiempo de unos tres días, aproximadamente. Y, por último, en caso de que el segundo intento de comunicación también sea negativo, hay que dejar constancia de los intentos realizados y hacer la comunicación por edictos (art. 164 LEC). La comunicación por edictos también debe respetar el tiempo mínimo de diez días entre la fecha de publicación del edicto y la fecha del juicio.

Las oficinas judiciales programan la fecha del juicio con la previsión de practicar la posible comunicación edictal. Esta previsión evita suspensiones y, a su vez, evita cambiar la fecha del juicio para respetar el plazo mínimo de diez

días entre la comunicación y el juicio. Por este motivo, las oficinas, en general, señalan el juicio con un margen de cuarenta y cinco días desde la admisión.

La suma del tiempo mínimo legal para tramitar un juicio de desahucio es de noventa y dos días hábiles (dos días para el reparto, quince días para la admisión, cuarenta y cinco días para la vista del juicio y treinta días para el lanzamiento)

- e) Trámite del lanzamiento: el art. 440.4 LEC dispone que la fecha del lanzamiento debe programarse antes de treinta días desde la fecha señalada para el juicio, pero este plazo no se puede reducir. Las oficinas programan, como mínimo, a treinta días hábiles desde la vista. Al programar, la oficina debe prever otros plazos por posibilitar la defensa del arrendatario. La oficina judicial debe tener en cuenta la posibilidad de que el arrendatario se oponga. En caso de oposición, hay que tener presente, en primer lugar, el plazo de seis días a partir del día siguiente a la vista para notificar la sentencia; en segundo lugar, el plazo de veinte días para la interposición del posible recurso de apelación (art. 449.1 y 458 LEC); en tercer lugar, un día más por si presentan el escrito antes de las 15 h del día siguiente a la fecha de vencimiento (art. 135.1 LEC), y, por último, el plazo de dos días para el reparto y la recepción del escrito (art. 69 LEC). Estos plazos suman veintinueve días hábiles (6 + 20 + 1 + 2 = 29).

La suma del tiempo mínimo legal para tramitar un juicio de desahucio es de noventa y dos días hábiles (dos días para el reparto, quince días para la admisión, cuarenta y cinco días para la vista del juicio y treinta días para el lanzamiento). Este periodo hábil corresponde a 5,15 meses, puesto que la media anual es de 17,83 días hábiles al mes en la jurisdicción civil.⁽¹¹⁾

En la mayor parte de las oficinas judiciales, el tiempo real de tramitación no se corresponde con el tiempo de los plazos legales. El ritmo general de tramitación supera con creces el tiempo mínimo de 5,15 meses citado, en perjuicio, sobre todo, de los intereses del arrendador. Los principales

motivos de esta lentitud son la sobrecarga de asuntos de los juzgados y la regulación⁽¹²⁾ obsoleta de la forma en que deben practicarse los actos de comunicación, especialmente, el requerimiento al arrendatario (art. 440.3 y 161 LEC).

Las oficinas judiciales que tramitan los desahucios y que ejecutan los lanzamientos, en general, no tienen conocimiento previo de la situación personal y familiar del arrendatario.

Este desconocimiento dificulta la coordinación entre los organismos encargados de la prevención de situaciones violentas, dramáticas y de exclusión residencial de los arrendatarios desahuciados

Los juzgados tramitan actualmente un volumen de asuntos civiles muy superior al volumen anterior a la crisis. En Cataluña, desde el año 2004, tiempo anterior a la crisis, hasta el año 2013, los asuntos civiles han aumentado un 37 %⁽¹³⁾ (120.409 asuntos civiles en 2004 y 191.409 en 2013) y, en concreto, los desahucios, un 26 %⁽¹⁴⁾ (7.704 en 2004 y 10.397 en 2013). Los asuntos civiles han aumentado, pero no se han creado juzgados civiles en la misma proporción⁽¹⁵⁾ y el modelo de oficina judicial diseñado en 2003 para optimizar los recursos solo está implementado en tres partidos judiciales de Cataluña.⁽¹⁶⁾

El incremento de los desahucios implica también un aumento de actos judiciales que exigen un plus de recursos, como son, entre otros, los requerimientos judiciales, las vistas y los lanzamientos. El requerimiento judicial implica el desplazamiento de un funcionario de la Administración de Justicia al domicilio del arrendatario para practicar de forma personal la comunicación y entregarle la documentación. Este sistema personal está desfasado y necesita una inversión de tiempo, recursos humanos y recursos materiales desproporcionada. Por estos motivos, la respuesta judicial actual, en general, es lenta.

Esta lentitud resulta poco atractiva a los propietarios, que se arriesgan a no percibir las rentas y a no recuperar la vivienda durante un largo periodo de tiempo. Al tiempo que transcurre desde el incumplimiento

por parte del arrendatario, hay que añadir el que dedican a encargar la defensa a un abogado, el que el abogado dedica a redactar la demanda y a reunir la documentación justificativa, el tiempo para otorgar poder de representación a un procurador, etc., y, por último, el tiempo que dura la tramitación judicial, que es superior a cinco meses.⁽¹⁷⁾ Es decir, el arrendador tarda aproximadamente nueve meses,⁽¹⁸⁾ como mínimo, a recuperar la posesión de la finca desde la primera renta impagada.

2. Procedimiento caro

El tiempo de tramitación del juicio de desahucio afecta directamente a los intereses económicos del arrendador y del arrendatario. El arrendador, además de dejar de percibir las rentas o cantidades asimiladas durante los meses que tarda en recuperar la finca, debe dedicar una cantidad de tiempo y dinero importante para demandar al arrendatario.

A modo de ejemplo, el juicio de desahucio de la vivienda —alquilada por una renta media de 675 € mensuales—⁽¹⁹⁾ exige al arrendador un desembolso previo de aproximadamente 4.500 €, ⁽²⁰⁾ distribuidos de la siguiente manera, con arreglo al art. 241.1 LEC:

a) Costas procesales:

- Honorarios del abogado: 2.700 € + 567 € (21 % de IVA incluido)⁽²¹⁾ = 3.267 €
- Derechos del procurador de acuerdo con el arancel: 304,16 €⁽²²⁾
- Tasa judicial estatal: 157,10 €
- Tasa judicial autonómica: 90 €

b) Gastos judiciales habituales (como sustitución de la cerradura, mudanzas, etc.): 650 €, aprox.

Total tasación de costas = 4.468,26 € (3818,26 € + 650 €)

A los gastos judiciales, hay que añadir las rentas o cantidades asimiladas no cobradas, más otros gastos habituales, como son la rehabilitación de la finca y los suministros atrasados.⁽²³⁾ En términos generales, el arrendador, cuando alquila una vivienda con una renta mensual media (675 €/

mes),⁽²⁴⁾ se arriesga a soportar una pérdida económica superior a 10.500 €. ⁽²⁵⁾

Para el arrendatario, el transcurso del tiempo también implica un incremento de las cantidades adeudadas. Las rentas se generan hasta la fecha del desalojo y se añade otra deuda: la condena en costas (art. 440.3 LEC).

3. Procedimiento traumático

El desahucio es un procedimiento lento, caro y también traumático. Con la demanda de desahucio, el juzgado impone a las partes, de forma automática e impersonal, la solución legal a su conflicto. Esta imposición deteriora la relación personal entre las partes y, por este motivo, dificulta aún más que puedan llegar a un acuerdo durante el procedimiento. Esta situación es traumática para las dos partes.

Desde el punto de vista del arrendador, la tramitación del desahucio implica incertidumbre, pérdida económica y preocupación. Hay muchos factores que pueden incidir en la duración, el coste y el desarrollo del procedimiento. Y, desde el punto de vista del arrendatario, la amenaza del desalojo forzoso de su hogar implica angustia. El desahucio puede deprimir al arrendatario y provocar que no sea capaz de buscar soluciones positivas a su situación ni pedir ayuda con suficiente antelación a la fecha del lanzamiento.

El lanzamiento es una de las máximas expresiones de la fuerza coercitiva de la Administración de Justicia en el ámbito civil. Las oficinas judiciales que tramitan los desahucios y que ejecutan los lanzamientos, en general, no tienen conocimiento previo de la situación personal y familiar del arrendatario. Este desconocimiento dificulta la coordinación entre los organismos encargados de la prevención de situaciones violentas, dramáticas y de exclusión residencial de los arrendatarios desahuciados.

La coordinación improvisada entre la oficina judicial y los organismos tutelares en el momento del lanzamiento provoca, en muchos casos, situaciones dramáticas evitables. Conlleva que no se puedan programar ni preparar acciones con tiempo suficiente, y también puede implicar la suspensión del lanzamiento, en perjuicio del arrendador, y soluciones provisionales poco satisfactorias para el arrendatario y su familia.



IV. PROPUESTAS DE MEJORA DEL DESAHUCIO

Para garantizar el derecho a la vivienda, es necesario estimular el mercado de viviendas de alquiler. Por ejemplo, firmar más convenios entre la Administración y las entidades bancarias y financieras propietarias de viviendas vacías en el territorio,⁽²⁶⁾ o promover ventajas fiscales para los arrendadores, en general, que incentivarían el mercado de alquiler. Pero, sobre todo, son necesarias medidas que den seguridad a los propietarios ante situaciones de mora o de insolvencia.

En tiempos de crisis económica, deben reforzarse los mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones arrendatarias. En concreto, los desahucios deben ser más eficaces. Son necesarias medidas para agilizar la tramitación, abaratar el coste del desahucio y proteger con mayor eficacia los intereses de las partes. En esta línea, propongo las siguientes medidas:

1. Propuestas para agilizar el juicio de desahucio

A) Gestión más eficiente de los recursos de la Administración de Justicia

Como he dicho, la mayoría de los juzgados civiles soportan actualmente un volumen de trabajo que supera los niveles asumibles, lo cual tiene un efecto directo en el tiempo de respuesta. En la situación económica actual, hay que gestionar con más eficiencia los recursos humanos y materiales de los que disponen las oficinas judiciales. Mejorar esta gestión es una de las finalidades del despliegue del nuevo modelo de oficina judicial. Se trata de una medida necesaria con una inversión económica mínima, ya que solo implica un cambio organizativo e impulsar el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial. Esta medida ya está en marcha, y la previsión del Departamento de Justicia de la Generalitat es que en 2020 el nuevo modelo esté implementado en todos los partidos judiciales de Cataluña.

En los partidos judiciales donde ya está desplegado el nuevo modelo de oficina judicial,⁽²⁷⁾ las funciones y tareas procesales de carácter secundario están centralizadas en un servicio común procesal general (en lo sucesivo, SCPG).⁽²⁸⁾ Entre otras tareas, el personal del SCPG practica los actos de co-

municación y los lanzamientos de una forma más ágil y homogénea gracias a la especialización y a la unificación de los criterios mediante los protocolos y las instrucciones.

B) Regulación más actual de los actos de comunicación judicial

La práctica de los actos de comunicación judicial es fundamental para garantizar el derecho de defensa de las partes. Pero la regulación de esta materia, sobre todo en lo relativo a la forma de practicar el requerimiento judicial, está desfasada y retrasa los procedimientos. Sería conveniente adaptar el requerimiento judicial a los sistemas de notificación del requerimiento de pago europeo⁽²⁹⁾, por lo menos en lo referente al sistema de correo certificado con justificante de recepción.

El requerimiento por correo certificado con justificante de recepción ofrece las mismas garantías que el requerimiento personal, pero es más ágil, más económico y descarga a la oficina judicial de tareas secundarias. Aún sería más conveniente adaptar el requerimiento al arrendatario y la comunicación judicial, en general, a la fiabilidad y la seguridad que ofrecen las nuevas tecnologías. Una comunicación rápida agilizaría el desahucio, ahorraría recursos y, finalmente, incentivaría el mercado de alquiler.

2. Propuestas para reducir el coste del juicio de desahucio

Agilizar el desahucio conllevaría una reducción importante del coste del procedimiento, pero, desde el punto de vista de los propietarios, también son necesarias medidas más directas para reducir el riesgo económico de alquilar una vivienda.

A) Exención de la tasa judicial estatal a los arrendadores no profesionales

El riesgo económico de los propietarios que alquilan viviendas es alto ante situaciones de mora o de insolvencia. Muchos propietarios alquilan la vivienda por una renta mensual baja y dependen de este ingreso para mantener la finca y obtener un complemento retributivo, en muchas ocasiones, vital. Este tipo de arrendador, no profesional,⁽³⁰⁾ tiene una sensación de vulnerabilidad superior a la de los arrendadores profesionales o empresarios.

La vulnerabilidad de los arrendadores no profesionales exige una protección específica. Una medida económica directa sería, en los juicios de desahucio por impago, declarar exentos de la tasa judicial estatal⁽³¹⁾ a los arrendadores no profesionales de viviendas de renta baja, o devolverla en el caso de que no haya oposición o que sea desestimada.

B) Ampliación de la cobertura del *avalloguer*

Reducir el riesgo económico de los propietarios de viviendas a la hora de ponerlas en alquiler es una de las líneas a seguir para potenciar el parque y la oferta de alquiler. En esta línea de reducción del riesgo económico, en Cataluña se creó el *avalloguer* en 2008.⁽³²⁾ El *avalloguer* es un instrumento de aseguramiento de las personas arrendadoras de viviendas.⁽³³⁾ Garantiza al arrendador la percepción de una cantidad en caso de instar un proceso judicial de desahucio por falta de pago de la renta durante un periodo máximo de seis meses, si la vivienda es de protección oficial, o de tres meses, en caso contrario.⁽³⁴⁾

El *avalloguer*, instrumento de aseguramiento de las personas arrendadoras de viviendas, garantiza al arrendador la percepción de una cantidad en caso de instar un proceso judicial de desahucio por falta de pago de la renta durante un periodo máximo de seis meses, si la vivienda es de protección oficial, o de tres meses, en caso contrario

En tiempo de crisis, el temor de los propietarios aumenta ante el incremento de situaciones de mora y de insolvencia. Por este motivo, es necesario cubrir el riesgo del propietario con más amplitud. En la actualidad, sería conveniente ampliar la cobertura del *avalloguer*. Por una parte, cubrir con carácter general las mensualidades impagadas antes de la demanda judicial durante un periodo de tiempo determinado, ya que solo está prevista esta posibilidad para las viviendas de protección oficial. Por otra parte, cubrir las mensualidades impagadas durante todo el tiempo que se demore la tramitación del juicio de desahucio, excepto si hay

dilaciones por causa del arrendador o por fuerza mayor.

Actualmente, con el *avalloguer*, el arrendador soporta la carga económica si el juicio de desahucio se alarga en un tiempo superior al periodo de cobertura (seis meses o tres meses, según si la vivienda es de protección oficial o no). Pero es a la Administración Pública a quien correspondería soportar esta carga, de acuerdo con el principio constitucional de responsabilidad de la Administración Pública para el funcionamiento de los servicios públicos.⁽³⁵⁾

C) Promover la responsabilidad directa del Estado por el retraso en la tramitación

La Administración Pública es responsable ante los ciudadanos del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia,⁽³⁶⁾ en tanto que la ley plantea que una de las hipótesis de esta cuestión es el retraso injustificado de la respuesta judicial. La doctrina jurisprudencial considera que el mero incumplimiento de los plazos procesales no conlleva de forma automática el derecho a una indemnización. Para generar este derecho, es necesaria una lesión patrimonial a consecuencia de la inactividad de los órganos judiciales.

Para impulsar los procedimientos, la LEC establece, en general, plazos para realizar las actuaciones judiciales, pero no todos los trámites tienen un plazo establecido. Para estos casos, el art. 132.2 LEC dispone que, cuando no esté fijado el plazo, debe practicarse la actuación judicial sin dilación.

Sería deseable que, en los casos de insolvencia del arrendatario, los organismos tutelares pudieran actuar antes de la fecha prevista para el lanzamiento. Su actuación preventiva evitaría el drama del desalojo forzoso judicial de personas que no pueden cumplir sus obligaciones económicas por causas sobrevenidas

Sin dilación es un concepto jurídico indeterminado; en la práctica, varía en función del nivel de saturación del juzgado. En el juicio de desahucio, hay actuaciones,

como la admisión de la demanda, que no tienen fijado un plazo y otras, como el plazo para practicar el requerimiento al arrendatario (art. 151.1 LEC), que, en la práctica judicial, son imposibles de cumplir. De modo que el patrimonio del arrendador demandante soporta el azar de demandar ante un juzgado con mayor o menor nivel de saturación y, por lo tanto, con mayor o menor velocidad de respuesta, y también soporta el incumplimiento sistemático de determinados plazos procesales por una gran parte de los juzgados.

En el caso del juicio de desahucio, la dilación del procedimiento lesiona directamente el patrimonio del arrendador demandante.⁽³⁷⁾ La Administración de Justicia es la responsable de este hecho perjudicial. Por este motivo, sería conveniente fijar un plazo máximo para tramitar el juicio de desahucio, desde la presentación de la demanda hasta el lanzamiento, y establecer la responsabilidad objetiva de la Administración Pública en caso de incumplimiento del plazo. La inversión de la carga de la prueba de las circunstancias eximentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración (justificación del retraso, falta de lesión patrimonial, concurrencia de culpas o fuerza mayor) facilitaría, al menos, las reclamaciones de los arrendadores perjudicados.

Quizás con más reclamaciones la Administración Pública obtendría más datos objetivos sobre el daño patrimonial de los arrendadores a consecuencia del retraso del desahucio, analizaría los motivos y establecería medidas de mejora.

3. Propuestas para proteger con más eficacia los intereses de las partes

Para proteger con más eficacia los intereses de las partes, convendría mejorar la práctica de la diligencia del lanzamiento y la información registral prevista sobre arrendadores con precedentes de impago de rentas.

A) Potenciar la relación entre las oficinas judiciales y los organismos tutelares: especialización, comunicación previa, programación y protocolos de coordinación

El lanzamiento es un mecanismo coercitivo de gran impacto personal y social. Esta coerción debe estar limitada a los ca-

sos imprescindibles y debe estar muy bien programada.

En el momento del lanzamiento, es habitual encontrar personas en situación de especial vulnerabilidad, como niños, ancianos o enfermos; personas que se niegan a cumplir la orden de lanzamiento; animales domésticos abandonados, etc. Por este motivo, es totalmente necesario que la oficina judicial tenga conocimiento previo de la situación de riesgo, con el fin de evitar actuaciones improvisadas y una dedicación de tiempo muy superior a una actuación programada. El conocimiento previo de la situación de riesgo permite coordinar la actuación judicial con la de los organismos competentes para la protección social, la seguridad, los servicios médicos y de ambulancias, la zoonosis, etc.

La mayoría de los juzgados no tienen constancia previa al lanzamiento de la situación de riesgo del arrendatario. El motivo principal es que, puesto que no está implementado el modelo de oficina judicial,⁽³⁸⁾ no disponen de un servicio centralizado de actos de comunicación personales y de todos los lanzamientos del partido judicial, de forma que los funcionarios de los juzgados no están especializados en ejecutar lanzamientos. La falta de especialización implica, en general, que el funcionario no perciba la situación de riesgo hasta el momento de llegar a la vivienda del arrendatario. Solo a partir de este momento, el funcionario se pondrá en contacto con los organismos competentes para solucionar la situación.

En los partidos judiciales que disponen de un servicio de actos de comunicación (en lo sucesivo, SAC),⁽³⁹⁾ hay personal especializado en lanzamientos, los lanzamientos están centralizados y hay conciertos para mejorar la coordinación con los organismos tutelares y las fuerzas de seguridad.

Me consta que en el partido judicial del Hospitalet de Llobregat han dado un paso más para mejorar la coordinación: han concertado un plan piloto de coordinación con el Ayuntamiento (Área de Bienestar Social)⁽⁴⁰⁾ y con las fuerzas de seguridad para que el SAC tenga conocimiento previo de la situación de riesgo del arrendatario y pueda programar, conjuntamente con los organismos colaboradores, la fecha de lanzamiento y las actuaciones tutelares previsibles. Con tiempo suficiente, se puede prever la mejor solución para cada caso y evitar suspensiones de los lanzamientos.



Pero aún sería más deseable que, en los casos de insolvencia del arrendatario, los organismos tutelares pudieran actuar antes de la fecha prevista para el lanzamiento. Su actuación preventiva evitaría el drama del desalojo forzoso judicial de personas que no pueden cumplir sus obligaciones económicas por causas sobrevenidas. De esta forma, la diligencia de lanzamiento quedaría limitada a los casos de desobediencia civil (expertos del impago)⁽⁴¹⁾ y a los casos de comprobación del estado de la finca una vez desalojada de forma voluntaria.

B) Dejar sin efecto la previsión legal para la creación del registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler

El art. 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, crea un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler, con la finalidad de ofrecer información sobre el riesgo que implica arrendar inmuebles a personas que tienen precedentes por incumplimiento de sus obligaciones de pago de la renta. Aún no se ha dictado la norma creadora de este registro oficial, pero podemos prever consecuencias negativas sobre el mercado de alquiler de viviendas. La creación de este Registro presenta los siguientes inconvenientes: poca efectividad y una difícil adaptación a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

Los desahucios tienen una repercusión social muy elevada por lo que debería evitarse este impacto social lo máximo posible. Por este motivo, convendría potenciar la vía tutelar para prevenir situaciones de especial vulnerabilidad y de exclusión residencial antes de la demanda de desahucio

Es previsible que el Registro sea poco efectivo, puesto que contendrá una información parcial y que puede perjudicar a personas con voluntad, pero con imposibilidad sobrevenida de cumplir sus obligaciones. La previsión legal es la inscripción de sentencias firmes condenatorias en juicio de desahucio y de laudos arbitrales conde-

natorios por falta de pago de la renta. Ambos tipos de resoluciones representan un porcentaje muy bajo en relación con todos los arrendamientos que quedan resueltos a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario. El contrato de arrendamiento también se puede resolver por la voluntad de las partes, por el simple desistimiento del arrendatario o por decreto, a causa del incumplimiento del requerimiento judicial en el juicio de desahucio.

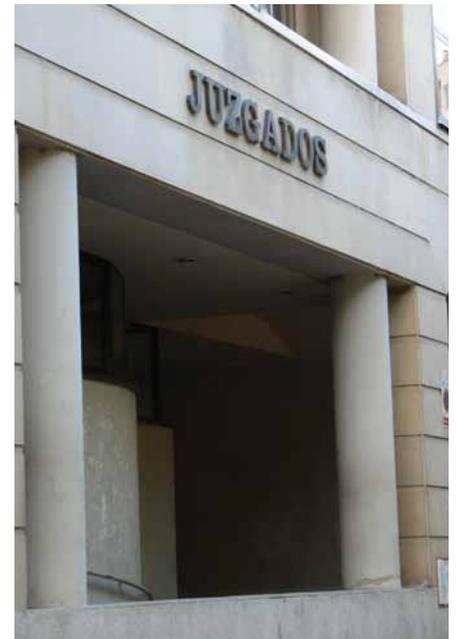
Es un hecho notorio que hay personas expertas en vivir de alquiler sin pagar las rentas ni los gastos.⁽⁴²⁾ Ofrecer a los arrendadores información sobre este tipo de personas con precedentes por impago de rentas podría ser un medio útil para valorar el riesgo antes de alquilar una vivienda, pero, si la información del registro es parcial, puede inducir al arrendador a error a la hora de valorar el riesgo. Si la inscripción está limitada a sentencias y laudos, el registro será incompleto: no constarán las personas expertas en el impago y, en cambio, constarán registradas con precedentes personas con dificultades económicas sobrevenidas.

También es previsible la dificultad de encajar la posibilidad de ofrecer información a particulares sobre personas con precedentes de impago de rentas con la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y podría conllevar la exclusión residencial de personas que hayan sufrido las consecuencias de la crisis económica.

Los perjuicios que puede provocar a los propietarios la información incompleta y las dificultades que puede provocar a las personas desahuciadas para acceder a la vivienda son motivos suficientes para desaconsejar la creación del registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver, el tiempo mínimo de tramitación del desahucio supera los cinco meses, el riesgo económico que soporta el arrendador ante situaciones de impago de la renta puede superar los 10.500 € y la falta de coordinación entre la oficina judicial y los organismos protectores puede provocar situaciones dramáticas para los desahuciados. Por estos motivos, podemos afirmar que, en la práctica, el procedimiento de desahucio resulta lento, caro y traumático.



El diseño actual del juicio de desahucio no es suficiente para dar confianza a los propietarios. El temor a los problemas de impago de las rentas de alquiler induce a los propietarios a mantener las viviendas desocupadas, sin obtener ningún tipo de rendimiento. Este temor, por lo tanto, contribuye a empeorar los problemas de acceso a la vivienda de la ciudadanía y afecta a la paz social.

Por estas razones, una mejora del clima de convivencia social requiere facilitar el acceso a la vivienda a los ciudadanos. Para conseguirlo, debe asegurarse una respuesta judicial adecuada y minimizar el daño patrimonial de los propietarios en situación de impago de renta. Un procedimiento de desahucio más ágil y más económico generaría sensación de seguridad a los propietarios y, gracias a esta seguridad, aumentaría el parque de viviendas y el mercado de alquiler de viviendas.

Por último, planteo un deseo de justicia social. En esta línea, sería conveniente activar los mecanismos tutelares antes de llegar a la vía judicial del desahucio, en los casos de imposibilidad sobrevenida de pago de rentas.⁽⁴³⁾ Si bien la vía judicial es imprescindible para garantizar la seguridad jurídica, ya que asegura el cumplimiento forzoso de las obligaciones, los desahucios tienen una repercusión social muy elevada. Debería evitarse este impacto social lo máximo posible. Por este motivo, convendría potenciar la vía tutelar para prevenir situaciones de especial vulnerabilidad y de exclusión

residencial antes de la demanda de desahucio. La actuación preventiva implicaría también un mayor reparto de la carga de la protección social entre todos, para que no la tenga que soportar el arrendador prácticamente en exclusiva, como ocurre ahora.

- (1) Art. 447.2 LEC.
- (2) Según la Exposición de motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.
- (3) El art. 9.3 CE garantiza el principio de seguridad jurídica.
- (4) Según los art. 1091, 1256 a 1258, 1260 y 1278 CC.
- (5) Los porcentajes de juicio de desahucios en comparación con el total de los asuntos civiles declarativos y especiales registrados en Cataluña son los siguientes: en 2004, del 11,7 % (90.756 total asuntos declarativos/7.704 desahucios); en 2005, del 12,45 % (99.850/8.020); en 2006, del 13,3 % (106.610/7.994); en 2007, del 13,6 % (116.958/8.592); en 2008, del 14,2 % (142.174/9.992); en 2009, del 15,5 % (161.782/10.545); en 2010, del 15,3 % (161.782/10.545); en 2011, del 13,6 % (142.135/10.405); en 2012, del 12,9 % (154.663/11.948), y en 2013, del 12,9 % (134.767/10.397), según los datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo, CGPJ) publicados en el Punto Neutro Judicial (en lo sucesivo, PNJ).
- (6) Art. 447.2 LEC.
- (7) El proceso monitorio está regulado en los art. 812 a 818 LEC. Es un procedimiento para a la reclamación ágil de las deudas líquidas dinerarias y exigibles. En el proceso monitorio, el deudor dispone de un plazo corto desde el requerimiento judicial para pagar o para oponerse. En caso de impago, el acreedor obtiene un título ejecutivo para el cobro judicial de la deuda.
- (8) Los motivos de oposición al desahucio están tasados. El apartado 1.º del art. 444 LEC dispone que, en el juicio, el arrendatario solo podrá alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.
- (9) De acuerdo con los art. 440 y concordantes LEC, cada opción del arrendatario demandado está vinculada a una consecuencia procesal diferente. Si el arrendatario desaloja la finca, el procedimiento acaba, aunque el arrendador puede pedir que se mantenga la fecha del lanzamiento para comprobar el estado de la finca y, si el arrendatario

no paga, el arrendador obtiene un título ejecutivo para el cobro forzoso de la deuda. Si el arrendatario paga por enervar el desahucio y el arrendador está de acuerdo, el procedimiento finaliza, pero, si el arrendador no está de acuerdo, se celebra el juicio. En caso de oposición, se celebra el juicio, pero si el arrendatario no comparece en el juicio sin causa justificada, el Juez debe declarar el desahucio sin más trámites y mantener la fecha prevista para el lanzamiento.

- (10) Es fácil prever que el arrendador no cobrará las rentas impagadas ni las costas procesales por la vía del apremio sobre el patrimonio del arrendatario. En general, el impago es consecuencia de una imposibilidad económica sobrevenida —en este caso, el arrendatario es insolvente— o, también, de la falta de voluntad de pagar —en este caso, el arrendatario puede ser un moroso experto. En ambos casos, es previsible que las medidas ejecutivas sobre el patrimonio del arrendatario deudor sean infructuosas.
- (11) El periodo de noventa y dos días hábiles corresponde a 5,15 meses (156,91 días naturales), puesto que la media anual es de 17,83 días hábiles al mes, según las siguientes operaciones aritméticas:
 - i) En primer lugar, calculamos los días hábiles anuales. Restamos a los trescientos sesenta y cinco días del año los días declarados inhábiles en los art. 182 LOPJ y 133.2 y 130.2 LEC: 365 días – 31 días inhábiles de agosto – 14 días festivos anuales – 2 días inhábiles (24 y 31 de diciembre) – 104 días (52 sábados y 52 domingos anuales) = 214 días hábiles.
 - ii) En segundo lugar, calculamos la media de días hábiles mensuales: 214 días/12 meses = 17,83 días hábiles de media mensual.
 - iii) Y, por último, calculamos la correspondencia de los días naturales a los noventa y dos días hábiles de tramitación: 92 días hábiles/17,83 días hábiles de media mensual = 5,15 meses de tramitación. El resultado es de 5,15 meses \times 30,41 días naturales de media mensual (365 días anuales/12 meses = 30,41 días) = 156,91 días naturales.
- (12) Los art. 149 a 168 LEC, ambos incluidos, regulan los actos de comunicación judicial.
- (13) El porcentaje del 37 % de incremento es el resultado de las operaciones aritméticas siguientes: 191.409 (total de asuntos civiles registrados en Catalu-

ña en 2013) – 120.409 (total de asuntos civiles registrados en Cataluña en 2004) = 70.725 asuntos de diferencia. Y el resultado de 70.725 asuntos de diferencia/191.409 asuntos del año 2013 = $0,37 \times 100 = 37$ % de incremento.

Los asuntos civiles registrados en Cataluña como procedimientos declarativos y procedimientos de ejecución en los últimos años son los siguientes: en 2004, 120.409 (90.756 procedimientos declarativos + 29.613 procedimientos de ejecución); en 2005, 133.458 (99.850 + 33.608); en 2006, 138.193 (106.610 + 31.583); en 2007, 152.864 (116.958 + 35.906); en 2008, 189.136 (142.174 + 46.962); en 2009, 231.523 (167.535 + 63.988); en 2010, 224.832 (161.782 + 63.050); en 2011, 197.150 (142.135 + 55.015); en 2012, 211.082 (154.663 + 56.419), y en 2013, 191.434 (134.767 + 56.667).

- (14) El porcentaje del 26 % de incremento es el resultado de las operaciones aritméticas siguientes: 10.397 (desahucios del año 2013) – 7.704 (desahucios del año 2004) = 2.693 asuntos de diferencia. Y el resultado de 2.693 asuntos de diferencia/10.397 desahucios del año 2013 = $0,26 \times 100 = 26$ % de incremento. Los desahucios registrados en Cataluña en los últimos años son los siguientes: en 2004, 7.704; en 2005, 8.020; en 2006, 7.994; en 2007, 8.592; en 2008, 9.992; en 2009, 10.809; en 2010, 10.545; en 2011, 10.405; en 2012, 11.948, y en 2013, 10.397, según los datos estadísticos del CGPJ publicados en el PNJ.
- (15) En Cataluña, el número total de órganos judiciales, unipersonales y colegiados, aumentó un 19,2 % desde 2004 hasta 2011 (en 2004 eran 494 y en 2011, 612). Desde el año 2011, no se han creado más órganos judiciales.
- (16) La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (en lo sucesivo, LOPJ), reformó la estructura organizativa de la oficina judicial. En Cataluña, en la actualidad, este modelo organizativo está implementado en los partidos judiciales de Gerona ciudad —de forma parcial—, Olot y la Seu d'Urgell, y está en proceso de despliegue en los de Cornellá de Llobregat y el Vendrell.
- (17) Véanse el epígrafe III.1 y la nota 11.
- (18) Un tiempo mínimo de nueve meses, que resulta de la suma de dos meses desde el impago, más un mes de preparación del juicio (búsqueda de abogado, preparación de la demanda, representación por parte de un procu-



- rador y presentación de la demanda al Decanato), más 5,15 meses de tramitación judicial, que corresponden a seis mensualidades de renta. De forma habitual, los arrendadores dejan pasar más de dos meses de margen antes de decidir que irán por la vía del desahucio, aunque la doctrina jurisprudencial permite presentar la demanda a partir del impago de la primera mensualidad de renta (STS de 27 de marzo de 2014, Sala Primera, rec. 141/2011, RJ 3.º).
- (19) El alquiler medio de una vivienda en la ciudad de Barcelona, en el año 2014, es de 675 € mensuales, según los datos publicados por la Secretaría de Vivienda y Mejora Urbana, a partir de las fianzas de alquiler depositadas en el INCASÒL.
- (20) A partir de la renta mensual media de 675 € puesta como ejemplo, podemos calcular, de forma aproximada, las costas procesales del juicio verbal de desahucio, de acuerdo con las consideraciones siguientes:
- La cuantía del pleito sirve de base para calcular las costas procesales. De acuerdo con el art. 252.2 LEC, en general, la cuantía del desahucio es la renta anual, ya que, normalmente, supera la cuantía reclamada en concepto de rentas impagadas o de cantidades asimiladas. En el ejemplo, la suma de 8.100 €, que corresponde a una renta anual media (675 € × 12 meses = 8.100 € anuales).
- El límite de un tercio de los honorarios del abogado se fija sobre la cuantía del pleito de acuerdo (art. 394.2 LEC), sin perjuicio de la libertad de honorarios que puedan pactar el abogado y el arrendador (Criterios Orientadores ICAB, criterio 1).
- La cuantía del pleito también sirve de base para establecer los derechos del procurador, de acuerdo con el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, que aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.
- La tasación de costas no incluye los gastos para la rehabilitación de la finca, los suministros impagados ni otros. Estos gastos se tendrán que reclamar en otro procedimiento.
- (21) La condena a costas tiene la finalidad de procurar que el patrimonio del beneficiario quede indemne por razón de los gastos procesales. A causa de este carácter indemnizatorio, el límite de un tercio de los honorarios del abogado al que hace referencia el art. 394.3 LEC excluye el porcentaje de IVA generado (entre otros, SAP Barcelona de 21 de julio de 2007).
- (22) De acuerdo con el Real Decreto 1373/2003, en el ejemplo de desahucio ya expuesto (renta de 675 € mensuales), el procurador puede generar los derechos arancelarios siguientes: Derechos art. 1 y 2.f), por el procedimiento de desahucio por falta de pago: 132,22 € (264,44 € / 2) Derechos art. 83.1, por la gestión de las tasas judiciales estatal y autonómica: 44,58 € (22,29 € × 2) Derechos art. 5.1, por la petición de la tasación de costas procesales: 22,29 € Derechos art. 9, por la petición de ejecución directa del lanzamiento: 30 € Derechos art. 83.2, por la práctica de la diligencia de lanzamiento: 22,29 € Total derechos: 251,38 € + 21 % de IVA (52,78 €) = 304,16 €
- (23) Véase la nota 20.
- (24) El alquiler medio de una vivienda en la ciudad de Barcelona, en el año 2014, es de 675 € mensuales, según los datos publicados por la Secretaría de Vivienda y Mejora Urbana, a partir de las fianzas de alquiler depositadas en el INCASÒL.
- (25) Se trata de una cantidad puesta como ejemplo y deriva de la suma de las cantidades siguientes: Rentas mensuales no cobradas: 6.075 €, que equivalen a nueve mensualidades sin cobrar (675 € × 9 meses = 6.075 €), desde el primer impago hasta el lanzamiento (véase el epígrafe II.1 y la nota 19) Gastos judiciales (abogado, procurador, cerrajero, etc.): 4.468,26 € (véase el epígrafe II.2) Total = 10.543,26 € (6.075 € + 4.468,26 €)
- (26) Uno de los objetivos del Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda, es incentivar la entrada en el mercado de alquiler social de viviendas desocupadas. Con esta finalidad, el Plan establece las siguientes medidas: un impuesto sobre los pisos vacíos que están en manos de entidades financieras y convenios para estimular la cesión de viviendas para destinarlas al mercado de alquiler social. Para el mes de mayo de 2014, había firmados convenios entre la Generalitat y las entidades bancarias Catalunya Caixa y Bankia para la cesión de seiscientos treinta nuevas viviendas (según una noticia publicada en el sitio web oficial del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña el 17 de junio de 2014: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/territori/2014/06/17/el-pla-per-al-dret-a-l%E2%80%99habitatge-beneficiaria-210-000-families/>).
- (27) La LOPJ reformó la estructura organizativa de la oficina judicial. En Cataluña, la previsión política es que, en 2020, esté implementado este modelo de oficina en todos los partidos judiciales.
- (28) El Decreto 169/2010, de 16 de noviembre, sobre estructura y organización de la oficina judicial en Cataluña, desarrolla el modelo organizativo de oficina judicial establecido en los art. 435 y s. LOPJ. Este modelo está basado en la creación de servicios comunes procesales que respaldan a un conjunto de órganos jurisdiccionales. El Decreto citado determina la estructura y la organización básica de la oficina judicial en el ámbito territorial de Cataluña y define las funciones principales que deben asumir los servicios comunes.
- (29) El Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, del proceso monitorio europeo, establece diferentes sistemas para la notificación del requerimiento de pago europeo (art. 13, 14 y 15). Entre los sistemas de notificación, regula el de correo con justificante de recepción y otros más adaptados a las tecnologías actuales. A criterio del Parlamento y del Consejo europeos, los sistemas de notificación del requerimiento europeo reúnen las condiciones para garantizar el principio de defensa. Sería más coherente armonizar nuestra legislación en el sistema de notificación del requerimiento europeo, ya que nos encontramos con que, por un lado, mediante el correo certificado, podemos requerir y obtener un título ejecutivo europeo, mientras que, por otro lado, es necesaria la notificación personal para obtener un título ejecutivo nacional.
- (30) Podemos definir al arrendador no profesional en oposición al concepto de *profesional* o *empresario* de la legislación en materia de consumo (art. 3 TRLGDCU). De esta forma, el arrendador no profesional sería aquella persona que actúa como un particular que alquila una finca fuera de su actividad empresarial o profesional.
- (31) El Decreto Ley 1/2014, de 3 de junio, por el cual se modifica el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Generalitat de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio, modifica el art. 3 bis.1-3, sobre exenciones. Este

artículo declara exentas del pago de la tasa a las personas físicas, en todo caso; las personas jurídicas que tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; las entidades totalmente y parcialmente exentas del impuesto sobre sociedades, y los sujetos pasivos que estén exentos del impuesto sobre actividades económicas, de acuerdo con la normativa reguladora de las haciendas locales.

- (32) Decreto 54/2008, de 11 de marzo, que establece un régimen de coberturas de cobro de las rentas de arrendamiento de los contratos de alquiler de viviendas.
- (33) Con arreglo a los art. 66 y 67 del Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda, el *avalloguer* es un régimen de coberturas que consiste en asegurar a las personas arrendadoras de viviendas, por medio de unos contratos formalizados al amparo del art. 2 de la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos, la percepción de una cantidad, en caso de instar un proceso judicial de desahucio por falta de pago de la renta, de acuerdo con las condiciones y los requisitos que establezca la normativa.
- (34) Para los contratos de arrendamiento de vivienda firmados entre el 29 de agosto de 2008 y el 17 de junio de 2014, la cobertura del *avalloguer* es para las mensualidades impagadas desde el inicio de la acción judicial, con un límite de seis mensualidades. Para los contratos de arrendamiento de vivienda firmados a partir del 18 de junio de 2014, la cobertura del *avalloguer* también es para las mensualidades impagadas desde el inicio de la acción judicial, pero con un límite de tres mensualidades. En los supuestos de viviendas de protección oficial que se destinen a alquiler, o cuando las viviendas se destinen a programas de intermediación, de cesión o de inserción, la cobertura de tres meses se amplía hasta los seis meses, a la vez

que, dentro de la cobertura, se pueden incluir mensualidades de renta impagadas antes de la interposición de la demanda.

- (35) El art. 106.2 CE establece el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para el funcionamiento de los servicios públicos.
- (36) El art. 121 CE establece la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Los art. 292 y s. LOPJ regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.
- (37) Véase el epígrafe III.2.
- (38) Véase la nota 16.
- (39) El SAC es un servicio centralizado encargado de practicar actos de comunicación de forma personal y actos de ejecución como el lanzamiento. Solo disponen de SAC los partidos judiciales en los que está implementado el nuevo modelo organizativo de oficina judicial (Gerona, Olot y la Seu d'Urgell), los partidos que se encuentran en fase piloto del modelo organizativo (Cornellá de Llobregat, El Prat de Llobregat, l'Hospitalet de Llobregat, Cerdanyola, Sant Boi de Llobregat, Santa Coloma de Gramenet, Igualada y Vilanova i la Geltrú) y el partido judicial de la ciudad de Barcelona.
- (40) El Plan piloto de coordinación y actuación conjunta entre administraciones recibió la mención honorífica en la edición de 2011 del Premio a las Buenas Prácticas en Justicia, modalidad de «Ejercicios en el ámbito organizativo y de gestión», del Ministerio de Justicia. Este Plan dice textualmente: «*El Plan piloto que presentamos tiene como finalidad la regulación de la práctica de las diligencias de comisión solicitadas al Servicio Común Procesal General de Hospitalet de Llobregat [...]. Los principales objetivos del Plan son: eludir riesgos y proporcionar garantías a la*

Comisión Judicial; asistencia social al justiciable en situación de precariedad social y económica; evitar la suspensión de las diligencias de lanzamiento acordadas; optimizar recursos. [...] El medio imprescindible para conseguir los objetivos trazados es la colaboración y actuación conjunta entre administraciones (Servicio Común Procesal General, Policía Mossos d'Esquadra, Policía Guardia Urbana, Área de Bienestar Social)». Fuente: <http://blog-modernizacionjudicial.wordpress.com/2011/10/31/plan-piloto-de-actuacion-y-colaboracion/>.

- (41) En materia contractual, la desobediencia civil se pone de manifiesto cuando uno de los contratantes no tiene la voluntad de cumplir sus obligaciones. Hay personas que, de forma habitual, firman contratos con la intención de no cumplir sus obligaciones. Se trata de personas expertas en incumplir. En el ámbito del alquiler de viviendas, este tipo de personas, habitualmente, abandonan el piso cuando la deuda se acumula y el arrendador se conforma con recuperar la finca sin ninguna reclamación posterior, entre otros motivos, porque no conoce el nuevo domicilio del deudor.
- (42) Véase la nota anterior.
- (43) El Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda, prevé una serie de medidas urgentes, pero la mayoría están previstas para momentos posteriores al desahucio y/o para situaciones límite. El Plan prevé las actuaciones siguientes: ayudas urgentes, dirigidas básicamente a familias que hayan sido desahuciadas y requieran algún tipo de soporte económico para encontrar una vivienda alternativa; ayudas para parados de larga duración; entrega de viviendas de la mesa de emergencias, y Ofideute, que realiza la mediación entre familias y entidades bancarias para evitar desahucios.

La fidelidad del inventario en la aceptación beneficiaria de la herencia

Marta Ginestà Gargallo
Licenciada en Derecho

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA
- II. LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO
- III. LA FIDELIDAD DEL INVENTARIO
- IV. CONCLUSIÓN

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El presente artículo busca la respuesta al problema práctico siguiente: el causante llama a sus hijos como herederos a partes iguales —o desiguales— en su testamento (o la herencia es intestada, no hay ninguna diferencia). Los hijos aceptan a beneficio de inventario y practican inventario de todos los bienes y las deudas que conocen. Un tiempo después, son demandados por los acreedores de unas operaciones societarias avaladas por el padre causante. Una vez ejecutado el aval, ¿pierden el beneficio de inventario y deben responder de las deudas heredadas e ilimitadamente con su patrimonio propio? La STS, Sala Civil, de 7 de mayo de 2014⁽¹⁾ reconoce que los herederos de un médico deben responder solidariamente de una deuda reconocida con posterioridad a la muerte del



causante a consecuencia del ejercicio de una acción de responsabilidad por mala praxis. De la sentencia parece deducirse que los herederos aceptaron la herencia de forma pura y simple. El Tribunal Supremo, sin embargo, se aventura a anunciar una posible inmunidad de los herederos, si estos hubieran adquirido la herencia a beneficio de inventario: «*Salvo la utilización del beneficio de inventario establecido a su favor y que los herederos*

debieron tener en cuenta en razón a la actividad por el desarrollada».

II. LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

El art. 461-15 del Código Civil de Cataluña (en lo sucesivo, CCCat) prevé, para el heredero que cumple los requisitos exigidos, la adquisición de la herencia en régimen de beneficio de inventario; en caso

contrario, la herencia se acepta en régimen de pura y simple. El inventario se configura como una *condictio iuris* para disfrutar del beneficio de inventario.⁽²⁾ Si el heredero no toma el inventario en el tiempo y la forma establecidos, acepta la herencia de forma pura y simple.

El legislador del CCCat favorece la aceptación a beneficio de inventario. El Preámbulo de la Ley 10/2008, que aprueba el Libro IV del CCCat, dice al respecto que se busca «la *facilitación de los efectos de la responsabilidad del heredero vinculados al beneficio de inventario*», ya que, para el legislador, «*lo que cuenta, al fin y al cabo, es haber practicado, dentro del plazo marcado por la ley, un inventario fiel, en el que figuren todos los bienes y todas las deudas del causante que el heredero conozca o debiera conocer razonablemente*». En el supuesto de que el causante haya prohibido la aceptación a beneficio de inventario, esta disposición será nula y se considerará no puesta, según prevé el art. 461-14 CCCat. Este precepto añade que, en caso de silencio sobre la voluntad de acogerse al beneficio de inventario, la herencia se acepta beneficiariamente, si se ha tomado inventario en tiempo y forma. Incluso aunque se exprese que se acepta en régimen de pura y simple, rige el beneficio de inventario, si este se ha tomado, de acuerdo con el art. 461-17.2.

Según el art. 461-16 CCat determinados sujetos disfrutarán del beneficio legal de inventario: los menores de edad, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de Derecho público, las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social y las herencias destinadas a finalidades de interés general

Además, hay determinados sujetos que disfrutaban del beneficio legal de inventario, es decir, que no tienen la necesidad de tomarlo, ya que la disposición del art. 461-16 CCCat es imperativa. Se trata de los menores de edad —tanto si están emancipados como si no lo están—, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de

FICHA TÉCNICA

Resumen: El artículo analiza la trascendencia de la aparición de deudas desconocidas después de la aceptación de la herencia en la conservación del beneficio de inventario cuando se ha optado por esta modalidad de responder a las deudas y las cargas hereditarias, y defiende que la fidelidad del inventario no debe tratarse igual cuando se refiere al activo que cuando se refiere al pasivo de la herencia.

Palabras clave: Sucesiones, beneficio de inventario, fidelidad del inventario, heredero, deudas de la herencia.

Abstract: This paper analyses the impact of unknown debts after the heir has accepted under benefit of inventory. Since the inventory must be faithful, the question is whether the heir keeps the benefit. A distinction must be drawn between the assets and the debts in order to conclude that the assessment of the faithfulness must not be the same.

Keywords: Law of succession, benefit of inventory, faithfulness of the inventory, heir, debts.

confianza, las personas jurídicas de Derecho público, las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social y las herencias destinadas a finalidades de interés general.

De acuerdo con PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS,⁽³⁾ el beneficio es aplicable a todos los títulos o fundamentos por medio de los cuales se defiere la sucesión: testamento, heredamiento o abintestato. También es independiente de la forma en que haya sido instituido el heredero, por lo que tienen la posibilidad de disfrutarlo tanto el heredero fiduciario como el fideicomisario.

Los requisitos que impone el art. 461-15 CCCat a la aceptación beneficiaria son de naturaleza temporal y formal, junto con las formalidades y el contenido exigibles.

En relación con la naturaleza de los plazos —el heredero dispone de hasta treinta años desde la muerte del causante para decidir si quiere aceptar o repudiar la herencia, mientras que el inventario debe efectuarse en el breve plazo de seis meses—, la diferencia entre el art. 461-12 CCCat, sobre la delación, y el art. 461-15 CCCat, referente a la toma de inventario, es que, en el primer supuesto, el legislador anuncia directamente que nos hallamos ante la institución de caducidad y, en cambio, en el siguiente, debe deducirse a partir de las normas de caducidad reguladas en los art. 122-1 y s. CCCat.

Las facultades que regulan ambos artículos son, por un lado, de carácter personalísimo, es decir, deberán ser ejercidas por el llamado y el heredero deberá manifestar adherirse al inventario tomado,⁽⁴⁾ respectivamente, y, por otro lado, indisponibles, ya

que el plazo establecido es inmodificable por la parte. Así lo manifiesta NASARRE AZNAR:⁽⁵⁾ «Puesto que, en el caso del art. 122-1, los derechos son indisponibles por las partes (p. ej. uno no puede ceder ni gravar su condición de hijo, heredero o socio), también lo es la caducidad que los puede amenazar, y esto tiene implicaciones respecto a la no aplicación del plazo: si la ley considera que un poder o una acción deben decaer en un tiempo determinado, porque es socialmente deseable que en este tiempo la relación se esclarezca, las partes no pueden hacer nada para ampliar el plazo, sea directamente (pactando unos plazos nuevos) o indirectamente (suspendiendo el transcurso del tiempo)». Por lo tanto, es de aplicación a estos preceptos el art. 122-2 CCCat, que ordena que «los plazos establecidos legalmente no se pueden suspender» y, además, que «la caducidad ha de ser tenida en cuenta de oficio por los tribunales».

En lo relativo al requisito temporal, si transcurren seis meses sin que se haya concluido el inventario, se producirá automáticamente la caducidad a partir del día siguiente del plazo establecido (art. 461-15 CCCat). No se tendrá en cuenta un inventario solo iniciado,⁽⁶⁾ y, entonces, el heredero que acepta solo puede hacerlo en régimen de pura y simple.

Las formalidades son las tradicionales, ante Notario o por escrito dirigido al Juez competente. También, como novedad del CCCat, es posible su realización en documento privado,⁽⁷⁾ tanto el oportuno para detractor la trebeliánica y la falcidia como el presentado en la Administración Pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión (art. 461-15.2



CCCat). Los efectos que se producen son los mismos.

Sea cual sea la forma del inventario, como dispone el art. 461-15.3 CCCat, «deben reseñarse los bienes relictos, sin que sea necesario valorarlos, y las deudas y las cargas hereditarias, con indicación de su importe». Así, se efectuarán dos partidas: la del activo, en la que se tienen que enumerar los bienes, sin que sea necesario valorarlos y cuantificarlos económicamente, y la del pasivo, en la que sí que es obligatorio expresar las cuantías.

El inventario tomado judicialmente se regula en los art. 790 y s. LEC. En concreto, el art. 794 establece las reglas sobre la formación del inventario. De este artículo se extrae el contenido que debe tener el inventario: «Contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren».

El beneficio de inventario no depende de la forma de aceptar la herencia, de forma que tanto la aceptación expresa como la tácita pueden desembocar en una aceptación a beneficio de inventario.⁽⁸⁾

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS⁽⁹⁾ argumentan que «a diferencia de la aceptación, que puede ser expresa y tácita, el beneficio de inventario debe ser expreso», pero, en realidad, el art. 461-17.2 CCCat deja claro que «[l]a mera manifestación hecha por el heredero de aceptar la herencia de forma pura y simple no lo priva de aprovechar los efectos del beneficio de inventario, si lo ha tomado dentro del plazo y en la forma establecidos y cumple las reglas de administración de la herencia inherentes a este beneficio». Sin tener que manifestarse al respecto, la toma en tiempo y forma de inventario supone que la aceptación es en régimen de beneficio de inventario.

El efecto de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, presente en el art. 461-20 CCCat, es la limitación de responsabilidad del heredero: «El heredero no responde de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con los bienes propios, sino únicamente con los bienes de la herencia».

III. LA FIDELIDAD DEL INVENTARIO

El art. 461-15.4 CCCat establece que no se tiene tomado en forma el inventario y, en consecuencia, este se pierde si «a sabiendas del heredero, no figuran todos los bienes y

deudas, ni si ha sido confeccionado en fraude de los acreedores». Este Artículo se diferencia sustancialmente de la redacción del art. 1024.1 del Código Civil («si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia»), ya que en el Código Civil estatal (en lo sucesivo, CC) no se hace ninguna alusión a las deudas de la herencia, sino únicamente a la ocultación de los bienes del inventario, como evidencia la STS de 20 de noviembre de 1907.⁽¹⁰⁾

1. La fidelidad del inventario del activo

El inventario del activo debe ser fiel y exacto y debe comprender todos los bienes que integran el caudal hereditario, tanto muebles como inmuebles. La omisión voluntaria de alguno de los bienes conlleva una sanción para el heredero. Esta sanción supone que no podrá disfrutar de la limitación de responsabilidad y que tendrá que responder con su patrimonio personal de las deudas y las cargas de la herencia.

Debemos relacionar este artículo con el 461-8 CCCat, que establece la sanción a la acción de ocultar o sustraer⁽¹¹⁾ bienes de la herencia.⁽¹²⁾ Esta es la aceptación forzosa de la herencia, y se convierte en heredero puro y simple *ex lege*. Se excluye tanto la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario como la de repudiarla. No hay que confundir las conductas citadas con la del art. 461-21.5 CCCat, ya que, en este, se sanciona a quien «actúa fraudulentamente en los pagos y las realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria, que pierde el beneficio de inventario».

La conducta de ocultación debe ser manifiesta⁽¹³⁾ y debe estar presente la nota de clandestinidad, que es su característica esencial. Por eso, no podemos concluir que, si el heredero documenta los actos de transmisión en escritura pública y los inscribe en el Registro de la Propiedad, esté cometiendo la presente infracción civil. Así, el delito de alzamiento de bienes, la falsificación de documentos acreditativos de deudas o compensaciones parciales y, en general, todas las transmisiones que se documenten en escritura pública y que se inscriban en el Registro de la Propiedad⁽¹⁴⁾ no se integrarán dentro de esta conducta, ya que no puede haber ocultación en las titularidades publicadas gracias a este registro público de protección y publicidad del tráfico jurídico.

En cambio, en el fraude de acreedores del art. 461-15.4 CCCat no se exige el requisito de clandestinidad, sino solo que se haya llevado a cabo un comportamiento doloso o fraudulento por parte del heredero. La citada STS de 20 de octubre de 2011 expone que la finalidad de la norma⁽¹⁵⁾ es hacer responder al heredero con los bienes propios de las deudas hereditarias cuando, con la confección omisa y negligente del inventario, ha pretendido «impedir la responsabilidad del caudal intra vires hereditatis».

El inventario del activo debe ser fiel y exacto y debe comprender todos los bienes que integran el caudal hereditario, tanto muebles como inmuebles. La omisión voluntaria de alguno de los bienes conlleva una sanción para el heredero. Esta sanción supone que no podrá disfrutar de la limitación de responsabilidad y que tendrá que responder con su patrimonio personal de las deudas y las cargas de la herencia

En caso de duda, la jurisprudencia no condena la pérdida del beneficio de inventario en méritos de la presunción de buena fe del art. 7 CC,⁽¹⁶⁾ y también porque los preceptos de interpretación civil de carácter sancionador deben ser interpretados de forma restrictiva.⁽¹⁷⁾

Se puede impugnar la validez de un inventario si se ha omitido la inclusión de determinados bienes, pero esto no comporta la pérdida del beneficio de inventario si no se hace de forma «maliciosa» o con la finalidad de perjudicar a terceros, es decir, en «fraude de acreedores». Así lo afirmó ya la STS de 7 de octubre de 1903, el objeto de la cual es el Derecho catalán.⁽¹⁸⁾

Debe ser el mismo acreedor que se considere perjudicado por el beneficio de inventario quien pruebe el ánimo defraudador en aplicación del art. 217.2 LEC: «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición».

Si el sucesor pierde el beneficio de inventario y ha aceptado o tiene la obligación de aceptar la herencia, entonces pasará a ser heredero puro y simple. En este caso, la responsabilidad se convierte en personal e ilimitada, es decir, *ultra vires hereditatis*. No habrá dos patrimonios separados, sino uno que integra y confunde tanto el remanente hereditario como el patrimonio personal del heredero. Los efectos de esta forma de aceptación se disponen en el art. 461-18 CCCat.⁽¹⁹⁾

2. La fidelidad del inventario del pasivo

La literalidad del art. 461-15.4 CCCat exige la misma fidelidad para el inventario del activo que para el del pasivo. Sin embargo, la rigurosa exactitud de la integración en el inventario de todos los bienes y derechos del activo no rige en el pasivo. Los argumentos son diversos.

El art. 461-21.3 CCCat, prevé la no inclusión de determinadas deudas en la herencia; por consiguiente, reconoce implícitamente que en el pasivo pueden no aparecer todas las obligaciones hereditarias

En primer lugar, hallamos un argumento en la tradición jurídica catalana, concretamente, en el art. 826 del Anteproyecto de Apéndice de Derecho Catalán redactado por Romaní y Trias⁽²⁰⁾ y, más en concreto, en el apartado *in fine* del mismo: «Las omisiones involuntarias en que hubiere incurrido el heredero al describir los bienes hereditarios podrán suplirse mediante adiciones que otorgará cuando conozca la omisión, aun después de transcurridos los plazos para el otorgamiento de inventario, sin causarle perjuicio alguno en el goce del beneficio: para este efecto, se presume involuntarias todas las omisiones, salvo prueba en contrario». Aunque este artículo solo hace referencia al activo, debe tenerse en cuenta que, en los textos de la época, el papel pasivo no era relevante, por mor de la remisión constante al inventario de la trebeliánica.⁽²¹⁾ Por lo tanto, hay que interpretar que la posibilidad de subsanar las omisiones de bienes, derechos y acciones de la herencia es plenamente aplicable a las deudas y las cargas sobre la base del silencio de la regulación respecto al pasivo.

Un segundo argumento es legal. El mismo legislador, en el art. 461-21.3 CCCat, ya prevé la no inclusión de determinadas deudas en la herencia; por consiguiente, reconoce implícitamente que en el pasivo pueden no aparecer todas las obligaciones hereditarias.

La razón es que la sucesión en las deudas se establece por ley. El citado art. 411-1 CCCat dispone que «el heredero se subroga en las obligaciones que no se extinguen por la muerte», y el art. 463-1 *in fine*, que «las obligaciones y las cargas hereditarias se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos». Por lo tanto, la vinculación del heredero a la responsabilidad por el pasivo no depende de si los bienes han sido incluidos o no en el inventario, sino que resulta del simple hecho de aceptar la herencia, ya que, desde la aceptación, es titular de todos las deudas hereditarias, tanto de las conocidas como de las desconocidas.

Añaden POZO, VAQUER y BOSCH⁽²²⁾ que «la sucesión en las deudas se caracteriza por la ausencia de novación: el heredero se convierte en el nuevo deudor de la obligación sin que se produzca la novación. El título de heredero entra directamente en la relación jurídica y es el único título que permite la transmisión de las deudas sin necesidad del consentimiento del acreedor (art. 1257 CC;⁽²³⁾ en relación con el consentimiento del acreedor como requisito de la transmisión inter vivos de una deuda, véase el art. 1205 CC)».

Pero, además, hay un tercer argumento, de carácter teleológico: aquello que perjudica a los acreedores es que se sustraigan o se oculten bienes con los cuales podrían cobrar sus créditos. Es cierto que la existencia de más deudas disminuye la proporción de activo para cada acreedor, pero no modifica el patrimonio de responsabilidad con el que contaba en vida del causante. La sucesión del causante debe resultar indiferente para el acreedor, para el cual las expectativas de cobro de la deuda continúan siendo las mismas que en vida del *de cuius*. La finalidad es sancionar al heredero que pretende impedir la responsabilidad del caudal hereditario *intra vires hereditatis* y, por este motivo, se exige que el inventario del activo sea fiel y exacto, porque los bienes y derechos sustraídos u ocultos pueden perjudicar a los acreedores. En cambio, puesto que las deudas se transmiten por disposición de ley al heredero o los coherederos, no hay fraude

o perjuicio posibles, ya que la ocultación de estos en el inventario no evita ni altera su orden de pago ni la garantía personal o real.

Hay una sentencia que sostiene nuestro argumentario. Se trata de la STSJC, Sala Social, de 4 de mayo de 2005,⁽²⁴⁾ que considera tomado en forma un inventario que no incluyó como pasivo de la herencia una determinada obligación reclamada mediante un procedimiento de ejecución. El conflicto trata de la extinción de un contrato laboral a causa de la muerte del contratante. Este contrato establecía una cláusula indemnizatoria a favor de los trabajadores, si se producía el hecho pactado. Por esta indemnización, se concluye que debe responder el causante.

La sentencia razona así: «En el último motivo del recurso, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 35,1 del Código de Sucesiones de Cataluña, discrepando de la sentencia de instancia en cuanto a la pérdida del derecho a beneficio de inventario y condenándoles sin el límite de la cuantía de la herencia con su propio patrimonio personal, en el caso de no cubrir el caudal relicto la parte de indemnización que cada uno de ellos deba asumir. En la sentencia de instancia, se justifica dicha condena por el hecho de que los herederos conocían la reclamación formulada por los demandantes y no la incluyeron en el pasivo de la herencia que aceptaron, considerando que ello suponía un incumplimiento del Código de Sucesiones equivalente a no practicar el inventario en tiempo y forma, por no hacer constar la totalidad de las cargas de la herencia. No puede aceptarse dicha afirmación porque, aunque es cierto que en el momento en el que los herederos aceptaron la herencia tenían conocimiento de que los demandantes habían ejercitado la acción de reclamación de cantidad mediante la interposición de la papeleta de conciliación, no puede afirmarse que dicha reclamación formara parte del pasivo de la herencia. Es más: en ese momento, consignaron como posible crédito el de los demandantes. Esta actuación de los herederos no puede llevar aparejada la consecuencia de que deban responder con sus propios bienes por confusión patrimonial, cuando los mismos han aceptado la herencia a beneficio de inventario, lo que significa, desde el punto de vista de la responsabilidad del heredero, que esta afronta las deudas del *de cuius*, pero dentro de los límites de los bienes del caudal relicto, sin que el heredero responda de las obligaciones del causante ni de las



cargas hereditarias con sus bienes propios, sino únicamente con los bienes de la herencia.

Por ello, hemos de estimar el recurso en este sentido y, al constar que los herederos aceptaron la herencia a beneficio de inventario, ha de declararse su responsabilidad dentro de los límites que dicho beneficio produce, sin confusión patrimonial, revocando la sentencia de instancia que ha declarado la responsabilidad patrimonial de los mismos».

IV. CONCLUSIÓN

A pesar de que, literalmente, el art. 461-15.4 CCCat ordena la fidelidad en el pasivo con la misma exigencia que en el activo, hay que interpretar el precepto junto con el resto de los artículos del Libro IV. El art. 461-21.3, cuando prevé la no inclusión de determinadas deudas en la herencia, reconoce que en el pasivo no deben incluirse necesariamente todas las obligaciones hereditarias. Sigue el art. 461-21.4, cuando advierte que «los acreedores particulares del heredero no pueden perseguir los bienes de la herencia hasta que se haya pagado a todos los acreedores conocidos del causante»; la mención continuada y repetitiva de los «acreedores conocidos» implica, implícitamente, que el legislador está reconociendo la existencia de posibles «acreedores desconocidos». Y, si se atiende a la finalidad buscada por el legislador de la Ley 10/2008, de 10 de julio, de «avanzar hacia la generalización de la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes recibidos por herencia», si ha «practicado [...] un inventario fiel, en el cual figuren todos los bienes y todas las deudas del causante que el heredero conozca o debería conocer razonablemente», se percibe un tratamiento diferente de la fidelidad del inventario en el activo y en el pasivo. Y es que la no inclusión de todas las deudas en el pasivo —en particular, cuando los herederos desconocían su existencia— no puede tener la misma consecuencia jurídica que la omisión de bienes, ya que no se modifica el patrimonio de responsabilidad con el cual contaban los acreedores en vida del causante, por lo que no se causa perjuicio y no hay

fundamento para una sanción tan grave para los herederos como es la pérdida del beneficio de inventario.

- (1) RJ/2014/2477.
 - (2) Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, «Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. Comentarios a los artículos 1010 a 1034 del Código Civil», en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2001, pág. 1545-1645, una idea que es igualmente válida para el Derecho Civil de Cataluña.
 - (3) Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trias, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III: Dret de Successions, 7.ª ed.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 605.
 - (4) Tanto si lo ha confeccionado él mismo como si se adhiere a uno efectuado, por ejemplo, por un coheredero.
 - (5) Sergio Nasarre Aznar, «Art. 122-2», a Albert Lamarca Marquès y Antoni Vaquer Aloy (ed.), *Comentaris al Llibre Primer del CCCat. Disposicions preliminars: Prescripció i caducitat*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 657.
 - (6) Hay que poner de manifiesto que el hecho de iniciar o realizar el inventario no supone la aceptación tácita de la herencia. Dice la STSJC, Sala Civil y Penal, de 10 de octubre de 2013, RJ 2014/18107: «En cambio, hemos declarado que no supone aceptación tácita de la herencia la confección por el llamado a la misma del inventario del caudal relicto, puesto que, además de tratarse de un acto que “no pone de manifiesto necesariamente una voluntad de aceptar” —hasta el punto de que puede obedecer al simple propósito de decidir sobre el beneficio de inventario (art. 30 CS)—, también pueden llevarlo a cabo otros “involucrados” en el proceso sucesorio, como es el caso de los albaceas universales, a los que el art. 317 CS se lo permite dentro del año siguiente a la muerte del testador».
 - (7) No se establece la posibilidad de validez del documento privado en el CC, ya que solo se reconocen las formas tradicionales, como se observa en el art. 1011: «La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario o por escrito ante cualquier
- ra de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria o abintestato».*
- (8) Pedro del Pozo CARRASCOSA, Antoni Vaquer y Esteve Bosch CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones, 2.ª ed.*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, 2013, págs. 519 y 523.
 - (9) Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trias, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III: Dret de Successions, 7.ª ed.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 605.
 - (10) STS de 20 de noviembre de 1907; José Javier López Jacoiste, «Art. 1024», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2408: «No es posible atribuir a los actos del heredero dañada intención, ni cabe suponer el dolo o malicia que se pretende para el recurrente, para que la relativa omisión de aquellos bienes determinase la pérdida del beneficio de inventario».
 - (11) STS de 10 de octubre de 2011; id. vLex: VLEX-334185822: «Existe “sustracción” cuando un heredero se apropia de uno o varios efectos hereditarios sin tener título alguno que lo justifique, lo que integra una conducta activa, mientras que existe “ocultación” cuando el heredero guarda un bien hereditario o calla sobre su existencia, la disimula o la encubre, lo que comporta una conducta pasiva en cuanto el heredero se abstiene de manifestar que un determinado bien forma parte de la herencia».
 - (12) Lucía Costas Rodal, «Pérdida del beneficio de inventario por sustracción u ocultación de bienes de la herencia. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2011», en *Revista Doctrinal Aranzadi-Mercantil*, n.º 4/2012, julio 2012, pág. 55: «Hay sustracción cuando el heredero se apropia de un efecto de la herencia, apartándolo del fenómeno hereditario, sin tener título hábil para ello (por ejemplo, un contrato de comodato ex artículo 1742 CC o un contrato de arrendamiento). Por su parte, existe ocultación cuando el heredero esconde un efecto de la herencia o cuando guarda silencio a sabiendas de su existencia. Tanto la sustracción como la ocultación de efectos de la herencia tienden a disminuir el activo hereditario».
 - (13) La STS de 28 de enero de 2011, RJ 2011/301, aunque trata de Derecho estatal, resulta de aplicación, ya que el contenido de la normativa es idéntico al de la catalana.
 - (14) STS de 20 de octubre de 2011, RJ 2012/426.

(15) Refiriéndose al art. 1002 CC, conducta análoga a la descrita en el art. 461-15.4 CCCat.

(16) SAP Barcelona, Sección 14, de 11 de enero de 2008, AC 2008/710.

(17) STS de 20 de octubre de 2011, RJ 2012/426: «Por otro lado, aunque se niegue en el recurso, esta Sala ha declarado que los preceptos civiles de carácter sancionador han de ser objeto de interpretación restrictiva, en sentencias que van desde la de 11 de febrero de 1946 hasta la más reciente, de 11 de marzo de 2010, pasando por la de 26 de marzo de 1993».

(18) STS de 7 de octubre de 1903; Luís PUIG FERRIOL, *El Derecho Civil catalán en la jurisprudencia. Tomo II. Vol. 1.º Años 1890-1904*, Ed. Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1974, pág. 87: «Considerando que por ser inconcuso, cual se alega en los motivos primero y segundo del recurso, que el heredero a beneficio de inventario conserva los derechos y acciones que tuviere contra el difunto, es a todas luces manifiesto que, por haber aceptado doña Concepción en esa forma la herencia de su marido, conservó el beneficio de la opción dotal y no pudo privársela del mismo, a no ser que lo hubiera renunciado o que por causa legal suficiente hubiera perdido el beneficio de inventario, lo que la obligaría, en concepto de heredera, a responder con sus bienes propios al levantamiento de las cargas de la herencia.

Considerando que, si bien es cierto que la demandada doña Francisca ha impugnado la validez del inventario tomado para aceptar la herencia de don Rafael, a causa de haberse omitido la inclusión de determinados bienes del difunto, cuya omisión no lleva consigo la pérdida del beneficio de inventario, dado que ni el fallo recurrido estima que fuera maliciosa, ni del pleito aparece que se hiciera a sabiendas o

con propósito de perjudicar a un tercero;

Considerando que los actos de reconocimiento del crédito de doña Francisca, ejecutados por la viuda de don Rafael, a que se refiere el fallo recurrido, estima que fuera maliciosa, ni del pleito aparece que se hiciera a sabiendas o con propósito de perjudicar a tercero;

Considerando que los actos de reconocimiento del crédito de doña Francisca, ejecutados por la viuda de don Rafael, a que se refiere el fallo recurrido, y en los cuales se funda para desestimar la demanda, carecen de valor legal que el mismo fallo les atribuye, por ser manifiesto que, habiendo reconocido, así judicial como extrajudicialmente, la viuda ese crédito y consentido los pagos hechos por cuenta del mismo a la acreedora, en el concepto con que para todo ello fue requerida, o sea, en el de heredera de su marido, no cabe suponer que con tales actos reconociera el crédito como obligación propia y renunciara por ella a reclamar el pago de sus créditos dotales con el precio de los bienes de la herencia que están depositados y por entregar a la acreedora doña Francisca».

(19) «Para la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias no solamente con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente».

(20) *Anteproyecto de Apéndice al Código Civil para el Principado de Cataluña que presentan a la Comisión especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899 D. Francisco Román y Puigdemolas y D. Juan de Dios Trías y Giró: Edición publicada con una introducción por la Revista Jurídica de Cataluña*, Ed. Hijos de Jaime Jesús, Impresores, Barcelona, 1903.

(21) Se cita la «versión oficial del Proyecto de compilación de 1955» y, en concreto, el art. 500, que dispone lo siguiente: «El heredero que no haya obtenido término para deliberar podrá aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el causante lo haya prohibido. Para gozar de este beneficio, deberá el heredero, con expresión de verificarlo a este fin, tomar inventario de la herencia en el tiempo y forma que el art. 389 prescribe, sin requerirse valoración de los bienes del activo hereditario. De aprovecharse el heredero de un inventario ya tomado en los casos previstos en dicho artículo, bastará que, dentro del plazo que el mismo establece, manifieste ante Notario o por escrito al Juez competente, según el art. 376, que acepta la herencia a beneficio de inventario». El artículo al cual se hace referencia se encuentra en la sede de regulación de la cuarta trebeliánica.

La misma técnica legislativa se utiliza en el art. 261 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1960, de 21 de julio: «El heredero que no haya obtenido término para deliberar podrá, aunque el causante lo haya prohibido, aceptar la herencia y gozar del beneficio de inventario de la herencia en el tiempo y forma que prescribe el artículo ciento noventa y nueve, sin que sea necesaria la valoración de los bienes inventariados».

(22) Pedro del Pozo CARRASCOSA, Antoni Vaquer y Esteve Bosch CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de Sucesiones*, 2.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, 2013, pág. 33.

(23) Art. 1257 CC: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

(24) Íd. vLex: VLEX-20967677.

Arrendamiento y Registro de la Propiedad: ¿seguridad del tráfico jurídico o disminución de los derechos del arrendatario?⁽¹⁾

José Luis Valle Muñoz

Registrador de la Propietat de Vilanova i la Geltrú

Antonio A. Longo Martínez

Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN LA NORMATIVA SOBRE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA
- II. EL ARRENDAMIENTO SOBRE VIVIENDA NO INSCRITA
- III. EL ARRENDAMIENTO SOBRE VIVIENDA INSCRITA

I. INTRODUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS EN LA NORMATIVA SOBRE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Aunque la posibilidad de inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad existe desde 1996, una vez el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, desarrolló la previsión de la disp. adic. 2.^a de la Ley de 1994, determinando los requisitos necesarios, hasta ahora no había existido un auténtico sometimiento del arrendamiento inscrito a los principios del Derecho Hipotecario. Ante esa situación, el legislador ha entendido, y así lo expresa en el Preámbulo de la Ley 4/2013, que «*es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario,*



no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad».

Se parte así de la premisa de entender que en la situación anterior se contraponen la protección de los derechos de las partes y la seguridad del tráfico jurídico, así como de la necesidad de modificar esa situación, lo cual, por más que se pretenda llevar a cabo sin que se produzca «*mengua alguna de los*

derechos ni del arrendador ni del arrendatario», no puede conducir sino a relegar dicha protección a la del resto de beneficiarios del sistema de seguridad jurídica inmobiliaria, en definitiva, los terceros, principalmente aquellos que acuden a la protección del Registro de la Propiedad. La voluntad del legislador tiene, en concreto, dos objetivos: «**En primer lugar**, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas **no puedan sur-**

FICHA TÉCNICA



Resumen: Mediante el presente trabajo, los autores reflexionan en torno a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la inscripción o no en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento. Más en particular, valoran la situación jurídica del arrendatario en tal supuesto. Quizá el mayor activo de la reforma no se encuentra en los efectos de la inscripción, sino, desde el punto de vista negativo, en los efectos de la falta de inscripción y su consiguiente inoponibilidad.

Palabras clave: Contrato de arrendamiento, Registro de la Propiedad.

Abstract: In this article, the authors reflect on the legal consequences deriving from the entry or non-entry of a rental contract in the Property Register. More specifically, they evaluate the legal situation of the tenant in this case. Perhaps the most important asset of the reform is not in the effects of the entry, but rather, from the negative standpoint, in effects of non-entry and its resulting unenforceability.

Keywords: Rental contract, Property Register.

tir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (buena fe, título oneroso, adquisición de titular inscrito) no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito».

Se está pretendiendo dotar al arrendamiento inscrito, si no de naturaleza real, sí de una capacidad de «perjudicar a terceros» que no puede sino calificarse de *eficacia real*. La contrapartida es la debilitación de la protección que la normativa brinda ahora al arrendatario que no inscriba su derecho frente al tercero que sí lo haga

Se alude así, por tanto, a los principios hipotecarios de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH y art. 606 CC) y de fe pública registral (art. 34 LH), el segundo de los cuales ya era objeto de referencia en la redacción anterior a la reforma, aunque, llamativamente, para excluir su aplicabilidad en la mayor parte de los casos. La incorporación ahora del principio de inoponibilidad de lo no inscrito se realiza mediante su traducción a positivo condicional en la norma del nuevo **apdo. 2.º del art. 7** (primero de los del Título II, que regula los arrendamientos de vivienda): «*En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos*

deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Todo ello, y aunque el art. 32 LH es aplicable al dominio y a otros derechos reales, cuyos títulos dice que «no perjudican a terceros», parece ya indicar que, aunque, obviamente, la inscripción no puede modificar por sí sola la naturaleza de un derecho, se está pretendiendo dotar al arrendamiento inscrito, si no de naturaleza real, sí, sin duda, de una capacidad de «perjudicar a terceros» que no puede sino calificarse de *eficacia real*. La contrapartida es la debilitación de la protección que la normativa brinda ahora al arrendatario que no inscriba su derecho frente al tercero que sí lo haga. Para intentar determinar a qué tercero se refiere la Ley, hay que hacer referencia a la relación entre los antes reseñados principios hipotecarios. De este modo, concluiríamos:

- En primer lugar, que las menciones que contiene ahora la LAU no lo son en ningún caso al tercero civil o *poenitus extraneus* del art. 1257 CC, esto es, quien no es contratante ni heredero de ninguno de los contratantes; en relación con este tercero, los efectos del arrendamiento se determinarán por las reglas civiles generales (entre ellas, las de los arts. 1227 y 1280 CC), aunque sí existen normas de protección de ese tercero civil en el arrendamiento de vivienda no inscrita, cuyo alcance luego veremos.
- El tercero protegido por la Ley es el tercer adquirente, el que ha entrado en relación con la finca objeto del arrendamiento ya sea mediante un negocio jurídico con alguno de los contratantes iniciales o por disposición legal y que,

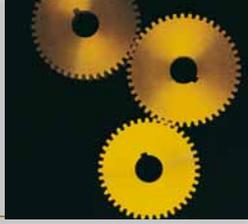
además, ha hecho constar su derecho en el Registro de la Propiedad, esto es, el llamado “tercero hipotecario”.

- A partir de aquí, la cuestión se centraría en determinar si la protección que brinda el Registro de la Propiedad a ese tercero está condicionada al cumplimiento de los requisitos que exige el art. 34 LH o si basta con la inscripción misma, como parecería deducirse del art. 7º LAU, que antes hemos relacionado con el art. 32 LH.

Hay que tener en cuenta que en Derecho Hipotecario ha existido desde antiguo una discusión doctrinal importante entre los defensores de la llamada tesis monista (como ROCA SASTRE) y los de la tesis dualista (como NÚÑEZ LAGOS o LACRUZ BERDEJO). Los primeros vienen a entender integrados los arts. 32 y 34 LH y a decir que no hay más tercero protegido que el que reúne los requisitos del art. 34 LH, aunque el art. 32 no haga referencia a tales requisitos. Por el contrario, los dualistas consideran que hay una pluralidad de terceros protegidos y que el tercero del art. 32 LH no necesita onerosidad, ni buena fe, ni previa inscripción: el Registro brinda su protección a ese tercero porque ha adquirido *ex jure quiritium*, del verdadero propietario, mientras que al tercero del art. 34 LH se le protege, si cumple las condiciones citadas, porque ha confiado en el contenido del Registro, aun cuando el mismo resulte inexacto.

En el ámbito que estudiamos, una primera lectura del nuevo art. 7º LAU podría llevar a admitir la aplicabilidad de la tesis dualista y, por tanto, a entender que el arrendamiento no inscrito no perjudicará al tercero que sí inscriba, y ello aunque se trate de actos a título gratuito (como una donación), de supuestos de inmatriculación o primer acceso de la finca al Registro, o bien de inexistencia de buena fe en dicho tercero.

Esa interpretación queda, sin embargo, directamente descartada cuando el tercero lo es en virtud de la enajenación de la finca, un supuesto específicamente regulado en el art. 14 LAU, que exige de modo expreso que ese tercer adquirente reúna los requisitos del art. 34 LH. En consecuencia, y por no cumplirse tales requisitos, el arrendamiento, aunque no esté inscrito, subsistirá frente al adquirente, si este lo es a título gratuito, si no existe buena fe por su parte o si el de-



recho de su transmitente no estaba previamente inscrito en el Registro.

Por lo que se refiere a los casos que la Ley titula «de resolución del derecho del arrendador» (art. 13), entendiéndose que la condición de tercero adquirente recae en la persona beneficiada en cada caso por esa resolución —o, más genéricamente, extinción— del derecho del arrendador⁽²⁾, la reforma determina también la del arrendamiento, sin que opere ahora la prórroga forzosa prevista en el art. 10. Pero sigue exceptuándose el caso de que el arrendamiento hubiere accedido al Registro de la Propiedad antes que el derecho que determina esa resolución, «conforme —añade ahora la norma— a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14». No existe aquí, por tanto, una remisión directa al art. 34 LH, aunque sí indirecta, a través del art. 14. ¿Basta la misma para concluir que, incluso en estos casos, la protección al tercero queda condicionada a que reúna los requisitos de dicho art. 34 LH? No lo parece, y no solo por no imponerse tal exigencia, sino porque incluso uno de los supuestos a que se refiere el art. 13 es el de la sustitución fideicomisaria, que tendrá en la gran mayoría de los casos como origen una atribución a título gratuito. Ello querría decir que, si admitimos —como parece, en general, hacerse— que los supuestos del art. 13 no constituyen una lista cerrada, sino que sus efectos alcanzarán a cualquier otro en que el arrendador se vea obligado a la restitución del inmueble alquilado, cabrán también aquellos que tengan una causa gratuita; de este modo, en un caso de revocación de la donación por supervivencia o supervenencia de hijos, si el arrendatario que contrató con el donatario no ha inscrito su derecho, el arrendamiento quedará extinguido.

De lo hasta ahora expuesto se deduce ya la trascendencia, en relación con los nuevos contratos, de las consecuencias que, en relación con los derechos de las partes, se derivarán del hecho de que el arrendamiento se encuentre inscrito o no en el Registro de la Propiedad. Pero tanto o más importantes son las diferencias existentes entre el arrendamiento sobre vivienda inmatriculada y el que se concierta sobre finca sin inmatricular, a las que nos referiremos en primer lugar.

II. EL ARRENDAMIENTO SOBRE VIVIENDA NO INSCRITA

1. Duración mínima y prórroga tácita

Hay que empezar por recordar que el sometimiento ahora del arrendamiento de vivienda, en primer lugar, a la autonomía de la voluntad de las partes se acompaña, en relación con su duración, de una reducción de las limitaciones que configuran «el marco legal establecido» al que, según el art. 4 LAU, deben ajustarse los pactos. De este modo:

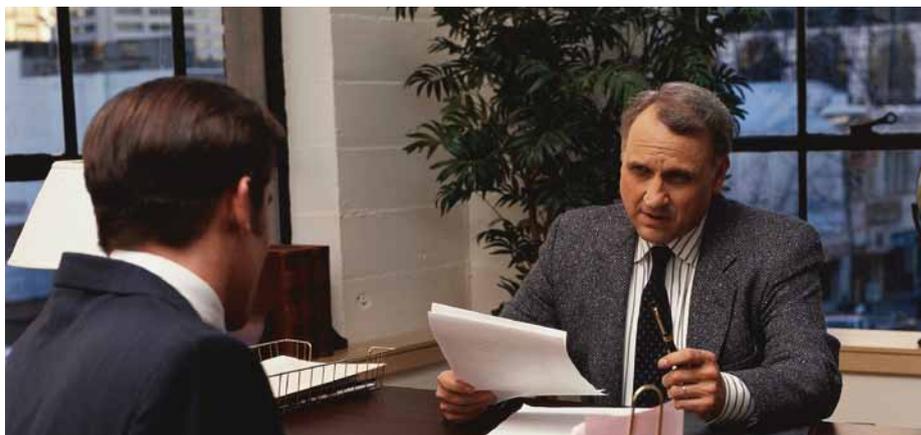
- La **duración mínima** del contrato que, por vía de prórrogas forzosas para el arrendador y voluntarias para el arrendatario, establecía el **art. 9.1** ha quedado reducida a **tres años**, frente a los cinco de la regulación anterior.
- Al mismo tiempo, se amplía el supuesto de **excepción a dicha prórroga forzosa** derivado de la necesidad de utilización de la vivienda por el arrendador (o determinados parientes, cónyuge o excónyuge) antes de su vencimiento, puesto que, si antes el **art. 9.3** exigía que esa posibilidad se le hubiera anticipado al arrendatario mediante constancia expresa en el contrato, ahora no es necesaria dicha previsión, bastando con que, habiendo **transcurrido el primer año** de duración del contrato, se dé dicha necesidad y se le comunique al arrendatario con **dos meses de antelación**.
- También se modifica la **prórroga tácita** del **art. 10**, de modo que, si vencido el plazo de duración mínima ninguna de las partes hubiese dicho otra cosa, el

contrato se prorrogará, pero no por tres años, como antes, sino por **un año** más.

- En contrapartida, el **art. 11** permite ahora el **desistimiento del arrendatario** una vez transcurridos seis meses, con un preaviso de treinta días (antes, cinco años y dos meses, respectivamente).

En relación con el arrendamiento de vivienda no inscrita en el Registro de la Propiedad, el nuevo n.º 4 del art. 9 exige, para que el arrendatario tenga derecho a la prórroga forzosa, haber contratado con «la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario»

Dicho lo cual, en relación con el **arrendamiento de vivienda no inscrita en el Registro de la Propiedad, el nuevo n.º 4 del art. 9** exige, para que el arrendatario tenga derecho a esa prórroga forzosa, haber contratado con «la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario». Esta norma **sustituye a la que incluía antes el art. 13.3**, que ha quedado sin contenido y que se refería, con carácter general, al arrendamiento «de vivienda ajena», esto es, el concertado por quien no es el verdadero propietario, pero aparenta serlo. El art. 13.3 se aplicaba así, según el mismo determinaba expresamente, tanto al supuesto de quien aparecía como propietario en el Registro de la Propiedad como al supuesto de quien, al margen del Registro, aparentaba serlo por ese estado



de cosas imputable al verdadero propietario, es decir, tanto en caso de finca inscrita como en el de finca no inscrita, porque lo decisivo era el haber contratado de buena fe con ese propietario aparente. En uno y otro caso, la norma mantenía, a modo de protección al arrendatario, la duración mínima de cinco años, sin que tampoco en estos casos afectara a la misma el hecho de que el verdadero propietario inscribiera su derecho o venciera en juicio al propietario aparente.

Limitar a quien adquiere por compraventa el derecho a dar por extinguido el arrendamiento beneficia, sin duda, la posición del arrendatario, al cual no se podrá oponer cualquier otro título de adquisición de la finca. Por el contrario, no exigir la buena fe del adquirente significaría, sin duda, un empeoramiento de dicha posición

Quiere ello decir que, tras la reforma, el supuesto de arrendamiento concertado con quien, sin serlo, aparece como propietario en el Registro **ha quedado sin una aparente regulación específica**, probablemente porque se considere que el supuesto debe resolverse con arreglo a las reglas generales que condicionan la protección de las partes a la inscripción registral. Por lo que se refiere a la finca no inscrita, a mi juicio, **trasladar la regulación desde el art. 13**, que regula los supuestos de resolución del derecho del arrendador, al art. 9, que regula el plazo mínimo del arrendamiento, puede introducir un cierto elemento de confusión, porque, en una primera lectura, da la sensación de que esa duración mínima de tres años que el arrendamiento proclama está condicionada no solo a que la finca no esté inscrita, sino también a que el arrendatario sufra el engaño de un propietario aparente. Dicho de otro modo: el tenor literal de la norma parecería permitir al arrendador que fuere verdadero propietario oponerse a las prórrogas forzosas que determina el art. 9¹. Obviamente, no existe razón alguna para que el hecho de que la finca no esté inscrita empeore por sí solo las condiciones de la relación contractual para el arrendatario. Por ello, creo que hay que entender que, como regla general, **la duración del contrato se regirá, incluso en caso de finca no inscri-**

ta, por lo previsto en los números anteriores del mismo art. 9, y que lo mismo cabe decir respecto de la prórroga tácita del art. 10.

Otra cosa son las consecuencias de la aparición de un tercero, a las que se refiere la segunda parte del art. 9⁴ y que constituyen, a mi entender, el verdadero objetivo de la norma: determinar, en caso de finca no inscrita, los efectos de la enajenación de la vivienda arrendada o de la aparición y reclamación de la finca por el verdadero propietario. Si obviamos que la reclamación del verdadero propietario no constituye realmente un supuesto de resolución o de extinción del derecho del arrendador, el art. 9⁴ pretendería establecer, para el supuesto de finca no inscrita, una **regulación paralela** a la que se contiene, en relación con la finca inscrita, en los arts. 13 y 14 de la Ley. Sin embargo, la regulación del art. 9⁴ no es por completo autónoma, porque esos mismos arts. 13 y 14 contienen una referencia específica a los supuestos de arrendamiento de finca no inscrita, que acaban por hacer difícil entender la razón de ser de este art. 9⁴, y el juego de remisiones que el legislador realiza con todos dichos artículos y con el art. 1571 CC.

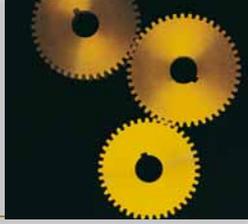
2. Enajenación de la vivienda

El art. 9⁴ señala que *«si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1571 del Código Civil»*, del cual resulta que el comprador tendrá derecho a extinguir el arrendamiento, salvo pacto en contrario, y el arrendatario, a que el vendedor le indemnice por los daños y perjuicios que se le causen⁽³⁾. Pero lo inadecuado de la sistemática utilizada se aprecia, como decíamos, en el hecho de que tengamos que acudir al art. 14 para que nos aclare y complete la regulación: para que nos la aclare, por cuanto el arrendador enajenante del art. 9⁴ parecería ser el propietario aparente, y ha de ser el art. 14² el que evite el confusionismo, refiriéndose simple y llanamente a la enajenación de finca no inscrita, que hay que entender que realizará, en su caso, el verdadero propietario; para que nos la complete, en el sentido de atribuir al arrendatario el derecho de continuar en la vivienda durante tres meses desde la notificación fehaciente del adquirente de su propósito de extinguir el arrendamiento.

Por lo demás, cabe plantearse qué amplitud se da en estos artículos al concepto de *enajenación* de la vivienda. Tratándose de **finca inscrita**, el art. 14¹ se refiere, para excluirle de la obligación de subrogarse en el arrendamiento no inscrito, al adquirente que reúna los requisitos del art. 34 LH, lo que hay que entender que incluye no solo al comprador, sino también a quien adquiere por otro título oneroso, como puede ser la dación en pago, la permuta, la adjudicación en una liquidación de sociedad, etc. Pero, cuando se trata de **finca no inscrita**, el adquirente no puede ser, por definición, el protegido por el art. 34 LH, y así el art. 14² lo que hace es remitirse a «lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 CC». Esto origina, a mi entender, dos cuestiones que no son del todo fáciles de resolver con las reglas establecidas:

- La primera hace referencia a qué **título de adquisición** da derecho, con base en el art. 1571 CC, a dar por extinguido el arrendamiento. Porque dicho artículo se refiere específicamente al comprador y, aunque los términos de la remisión contenida en el art. 14², al decir que *«se aplicará lo dispuesto»*, puede entenderse que se refieren al efecto de la enajenación en el arrendamiento, pero no a la delimitación del supuesto concreto de enajenación, lo cierto es que más adelante sí que concreta la condición de transmitente en el *vendedor*, cuando se refiere a la persona a la que el arrendatario podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos.
- Por otro lado, así como tratándose de vivienda inscrita la protección que ofrece el art. 34 LH al adquirente exige la **buena fe** del mismo, el art. 1571 CC no impone dicho requisito al comprador cuando la finca no está inscrita.

Según cuál sea la respuesta que se dé a estas cuestiones, la situación del arrendatario será muy distinta en función de que el arrendamiento recaiga o no sobre finca inscrita. Limitar a quien adquiere por compraventa el derecho a dar por extinguido el arrendamiento beneficia, sin duda, la posición del arrendatario, al cual no se podrá oponer cualquier otro título de adquisición de la finca. Por el contrario, no exigir la buena fe del adquirente significaría, sin duda, un empeoramiento de dicha posición.



3. Resolución del derecho del arrendador

Regula esta materia con carácter general el art. 13 de la Ley, cuyo n.º 1 dice, en su último párrafo, que «cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita, se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9». Como decía más arriba, la duración del arrendamiento sobre vivienda no inscrita no difiere, a mi juicio, de la del que tiene como objeto una vivienda inscrita, por lo que **la remisión, en este caso, debe entenderse hecha** no tanto a la duración como regla general, sino a los supuestos que, según dicho art. 9º4, determinan la extinción del arrendamiento.

Lo que ocurre es que **ninguno de dichos supuestos tiene como verdadera causa la resolución** del derecho del arrendador. Tampoco lo eran, ciertamente, los que contemplaba el antiguo art. 13º3, que se referían únicamente al «propietario aparente», pero, en ese caso, la cuestión no tenía otra trascendencia que la de confirmar la subsistencia del contrato por el plazo mínimo de cinco años, de acuerdo con la política legislativa que inspiraba la regulación. Modificada esa política por la nueva Ley, hay que comprobar si el supuesto de resolución o extinción del derecho del arrendador, tratándose de finca no inscrita, responde a los nuevos criterios del legislador.

Así, una vez comentados los efectos derivados de la enajenación de la vivienda, a los que se refiere en primer lugar el art. 9º4, dicha norma trata de un supuesto muy específico, que es el del **arrendador, propietario aparente, que fuere vencido en juicio por el verdadero propietario**. Arrendador, por tanto, que no ha ostentado nunca un derecho a arrendar, sino una mera apariencia, de la que la norma hace derivar la protección al arrendatario de buena fe, pero solo hasta que el verdadero propietario vea reconocido judicialmente su derecho; así, según el art. 9º4, «si [el propietario aparente] fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1571 del Código Civil».

En conclusión, **tendríamos dos supuestos diferentes** a los que atender, uno contemplado por la norma y otro no contemplado (o, cuando menos, no de modo expreso):

1) **Está contemplado** el caso citado del arrendamiento concertado con el propietario aparente que se ve vencido

en juicio por el verdadero propietario. Aquí, de la remisión al art. 1571 CC —por más que este se refiera a la venta de finca arrendada— resultaría que si dicho verdadero propietario decide extinguir el arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados.

Pero la equiparación con el supuesto de enajenación de la vivienda no es total, puesto que **no se le reconoce al arrendatario el derecho a continuar** en la vivienda tres meses que sí se establece para los supuestos de enajenación, dado que este derecho viene determinado en el art. 14º2, al que ahora no se hace remisión en ningún momento.

Siguiendo con este mismo supuesto, no parece tampoco muy acertada, técnicamente hablando, la **última frase de la norma**: «*además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados*». La remisión al art. 1571 CC ya determina en sí misma la obligación de indemnizar al arrendatario, obligación que hay que entender que recae en el arrendador-propietario aparente. Por tanto, esta referencia aquí añadida parece que habrá que entenderla hecha a la indemnización por daños y perjuicios a que eventualmente tenga derecho el verdadero propietario, pero habría sido oportuno que se dijera expresamente, así como que se determinara quién deberá satisfacerla, por muy lógico que parezca entender que habrá de ser, también aquí, el mismo arrendador-propietario aparente.

2) Como decía, **sin embargo, no se regulan** de modo expreso las consecuencias, tratándose de finca no inscrita, del **auténtico** supuesto de resolución o extinción del derecho del arrendador que sea el verdadero propietario, y nos referimos a los que se comprenden en el primer párrafo del mismo art. 13º1. «*Se estará* —recordemos que dice la norma— *a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9*». Con ello puede entenderse:

a) Como interpretación quizá más probable, que la remisión conlleva la **aplicación del art. 1571 CC**, al que el citado art. 9º4, a su vez, se remite, aunque sea con ocasión de un supuesto de hecho diferente, quedando en consecuencia en manos

del nuevo propietario extinguir el arrendamiento, y teniendo el arrendatario derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos.

b) Es también posible interpretar que la remisión, que la norma efectúa literalmente a la duración, es **inocua por lo que al supuesto de resolución se refiere**, que seguirá las reglas generales, hoy determinadas en el n.º 1 del art. 13, por lo que el arrendamiento, no estando inscrito en el Registro, quedará extinguido en estos casos de resolución.

c) Pero también podría llegar a entenderse que, precisamente por aparecer hecha dicha remisión a la duración, la misma supone la **aplicación del plazo mínimo de tres años** que resulta del art. 9º4, sin que la resolución del derecho del arrendador afecte al arrendamiento. Esto supondría mantener, para los arrendamientos de finca no inscrita, la protección propia de la regulación anterior a la reforma, lo que no resultaría incongruente con la idea de que dicha reforma tiene como objetivo la coordinación con la normativa hipotecaria, que, por definición, exige la inscripción registral.

En la LEC fue una preocupación capital del legislador la eliminación o, cuando menos, la reducción de incertidumbres en cuanto al real valor de los bienes ejecutados. En este sentido, la LEC aportó diversas medidas tendentes a conservar el valor de la cosa

Entre las cuestiones adicionales sobre arrendamiento de finca no inscrita, podemos preguntarnos: ¿podría el arrendatario, interesado en obtener la protección registral que ahora le ofrece la ley, exigir la inscripción de la finca por el arrendador, con base en lo previsto en el art. 312 RH? Creo que debería entenderse que sí, puesto que, aun cuando la norma se refiere a titulares de derechos reales sobre la finca, al arrendamiento se le da en la Ley tratamiento de tal, y lo contrario parecería incongruente con el objetivo de potenciar la seguridad jurídica vía su inscripción.

Por otro lado, a efectos de la posibilidad de inscripción del arrendamiento, ¿se entiende inscrita la finca inmatriculada pero de la que no consta declarada la obra nueva que constituye la vivienda arrendada? El art. 6º del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, señala que: «No será obstáculo que suspenda la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador. Bastará, en este caso, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal, que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos. La inscripción se practicará entonces en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca». El precepto parece estar pensando en la previa constancia registral del edificio o construcción, una parte del cual ahora se alquila —para lo cual declara no exigible la segregación de dicha parte o la constitución del régimen de propiedad horizontal—, si bien una interpretación flexible, apoyada, además, en el criterio del legislador al que hemos hecho referencia, podría permitir la inscripción del arrendamiento previa delimitación de la vivienda arrendada en los términos señalados por la norma.

III. EL ARRENDAMIENTO SOBRE VIENDA INSCRITA

La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio, contiene como novedad estrella, desde el punto de vista registral, la necesidad de inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad para que pueda perjudicar los derechos de terceros que acceden al mismo con posterioridad. Así se recoge en el art. 7º y, consecuentemente, el art. 10º establece que «una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga se impondrá al tercer adquirente que reúna las condiciones del artículo 34 de la LH».

Ha habido opiniones que han considerado que no había necesidad de tal cambio normativo, e incluso las hay que han aventurado que la razón última de la reforma se encuentra en la condición de Registrador de la Propiedad del Presidente del Gobierno, que de esta manera echa una mano a sus colegas en estos momentos de crisis inmobiliaria: ya que no inscriben pisos, por

lo menos que inscriban arrendamientos. Si algún Registrador ha visto en este cambio la posibilidad de incrementar el negocio, sus expectativas, de momento, sin duda, se han visto defraudadas. ¿Cuál es mi experiencia? Pues un poco como la duda de aquel amigo que le preguntaba a otro si había estado alguna vez en Nueva York y este le contestaba: «Pues nueve o diez veces, ¿y tú?». «¿Yo? Pues una o ninguna». En este casi año y medio transcurrido desde la entrada en vigor de la reforma, dudo si he inscrito uno o ningún arrendamiento.

La reforma de la LAU llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio, contiene como novedad estrella la necesidad de inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad para que pueda perjudicar los derechos de terceros que acceden al mismo con posterioridad

¿Significa eso que el Presidente del Gobierno y su equipo económico se deben sentir defraudados por el fracaso de sus propósitos? Yo creo que la falta de trabajo en las oficinas registrales y notariales no ha sido nunca un motivo para cambiar la ley, y la razón del cambio legislativo debemos buscarla en un partido que en estos momentos se está empezando a jugar, y en el cual lo verdaderamente importante no son tanto los efectos de la inscripción como los de la falta de inscripción, es decir, los efectos derivados de la inoponibilidad.

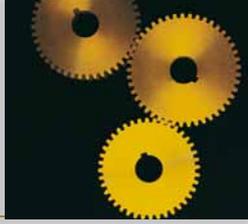
¿Por qué no se están inscribiendo los arrendamientos? De entrada, la inscripción es voluntaria, pero tiene costes: algunos directos, como los aranceles de la documentación necesaria y de la inscripción, y otros indirectos, como la desaparición de una cierta clandestinidad fiscal.

Si no se están inscribiendo los contratos, las razones pueden ser varias, pero la respuesta inmediata es que los costes superan a los beneficios. Además, las personas nos movemos muchas veces por impulsos mediáticos, por aquello que vemos en la televisión o leemos en la portada de los periódicos, y en estos momentos los supuestos de personas que tengan que abandonar sus viviendas por la aplicación de la

«Ley Emptoren», si los hay, no están saliendo en los periódicos. No se ha constituido, de momento, ninguna plataforma de defensa del arrendatario desahuciado a consecuencia de la falta de inscripción de su contrato en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, como he apuntado, quizá sea todavía pronto para considerar que el legislador ha fracasado, y ello por dos razones: la primera podría ser que la reforma esté pensada para una categoría de contratos de arrendamiento a los cuales se les espera, pero que todavía no han llegado. En este contexto se situaría el papel que las sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) deberían jugar, un papel que todavía no ha alcanzado un nivel relevante. La segunda razón sería que el legislador, como he apuntado, más que en la protección de arrendador y arrendatario, está pensando en la protección de futuros adquirentes de la vivienda, ya sea por vía voluntaria o por vía de ejecución forzosa. En este sentido, los efectos positivos sobre el mercado de compraventa no los veremos hasta que transcurra el plazo para que las prórrogas forzosas ejercitadas con arreglo a la normativa anterior se extingan. Para estos potenciales adquirentes, la reforma cambiará la compleja investigación de la situación ocupacional de la finca efectuada a través de datos fácticos por la sencilla consulta de las hojas registrales. Por tanto, la plena eficacia, en este punto de la reforma, se producirá a partir del día 6 de junio de 2018, momento en el cual ya habrán agotado el plazo máximo de duración de cinco años los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013⁽⁴⁾, que se rigen por la normativa anterior, sin perjuicio de que las partes puedan adaptar voluntariamente el contrato al régimen resultante de la reforma.

Lo que está claro es que, en el contrato de inquilinato tipo que se produce en nuestro país, caracterizado por la falta de profesionalidad de los arrendadores y la provisionalidad con que los arrendatarios miran la figura, a la que contemplan como una especie de situación transitoria hasta que se consiga el ansiado logro del disfrute de la vivienda en propiedad, los contratantes no se sienten atraídos por la inscripción registral. Hoy, el arrendador tipo suele ser un ahorrador que pretende completar sus ingresos, y por ello resulta descorazonado la equiparación a efectos propagandísticos de los desahucios arrendaticios con los



lanzamientos derivados de una ejecución hipotecaria: en el primer caso, no se encuentra detrás una entidad crediticia que muchas veces habrá sido rescatada con el dinero de todos, sino que, en muchos casos, nos encontraremos con un pensionista que completa sus ingresos con el alquiler y al que la falta de pago le impide llegar a fin de mes, y que encima debe soportar todos los gastos derivados de su condición de propietario.

¿Por qué no se sienten atraídos los contratantes en la situación actual por la inscripción? Habría que partir de la idea que el arrendamiento no es un derecho real y, consecuentemente, la regla general es su no acceso al Registro. No obstante, dada la posesión que conlleva, supone la correlativa exclusión de la posesión de la cosa por parte del propietario. Como, tras la Ley Hipotecaria de 1944-1946, la posesión ya no es objeto de inscripción en el Registro, se consideró que los arrendamientos, en casos especiales, como aquellos que suponen una larga duración, deberían acceder al Registro, como medio de publicar la verdadera situación posesoria de la finca. Hasta la LAU de 1994, el art. 2º LH únicamente admitía la inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo de más de seis años o de aquellos en que se hubieren anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para su inscripción. La regla general en materia de inscripción de derechos reales es la no necesidad de convenio, sino que la inscripción puede ser solicitada tanto por el adquirente del derecho como por el transmitente, o incluso por quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir o tenga la representación de cualquiera de los anteriores.

La LAU de 1994 dio una nueva redacción al art. 2º LH, señalando que serán inscribibles en el Registro los contratos de arrendamiento y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos, sin mayores requisitos. El Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, regula el modo de practicar la inscripción, previendo incluso el caso de que la vivienda arrendada no coincida con la finca registral⁽⁵⁾.

Respecto de la inscripción de los arrendamientos en el Registro, ha existido siempre un mito que es necesario desmontar: ha sido común considerar que los contratos de arrendamiento no se inscribían debido a que la protección que concedía la ley al arrendatario era superior a la que resulta del Registro de la Propiedad. Sin embargo, esta no puede ser la razón, o no puede ser exclusivamente la razón, y la prueba del algodón es que no todos los contratos gozaban en la redacción anterior de igual grado de protección legal y, sin embargo, los que se hallaban sujetos a la «Ley Emptorem» tampoco se han inscrito. Así, con arreglo al anterior art. 14º2, en los contratos de duración superior a cinco años, el adquirente solo debería soportar el arrendamiento durante el tiempo que restase para el transcurso de cinco años. Asimismo, en los contratos sobre viviendas cuya superficie fuese superior a los 300 m2 o en los que la renta inicial en cómputo anual excediese de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional anual, la voluntad de los contratantes se imponía a la regulación legal, como establecía el anterior párr. 2º del art. 4º2. Lo mismo sucede en los arrendamientos de fincas para uso distinto del de viviendas (por aplicación del art. 4º3). En todos estos casos, la «Ley Emptorem» puede que se imponga al derecho del arrendatario y, sin embargo, ha sido hartamente el acceso al Registro de estos contratos.

Buscando la razón de la falta de motivación para el acceso al Registro, habría que distinguir la posición del arrendatario de la del arrendador. Para el primero, la inscripción ofrece cierta protección, pero no le aporta solvencia. Los efectos del Registro se basan esencialmente en la protección de quien contrata teniendo en cuenta sus pronunciamientos, pero no desea con la misma intensidad dicha protección el titular de un derecho intemporal, como la propiedad; el de uno de carácter vitalicio, como el usufructo, y el que solo aspira a un plazo breve de tres años. Si, como dice el tango de Gardel, «veinte años no son nada», tres son poco más que un séptimo de nada. No obstante, no solo de protección vive el Registro; hay que mirar un poco más adelante y ver que esta protección implica, además, un estatus de solvencia para el titular registral. Se supone que los propietarios tienen más fácil el acceso al crédito que los que no lo son, dada la posibilidad de constituir derechos reales de garantía o de goce sobre sus propiedades. Aun sin necesidad de la constitución de derecho alguno, el principio de responsabilidad personal universal del deudor y su necesaria concreción sobre bienes específicos, a través del correspondiente embargo, coloca en mejor posición a la hora de obtener crédito a los titulares registrales que a los que no lo son.

Hemos dicho que el arrendamiento no es un derecho real, pese a que se han escrito

ríos de tinta sobre la cuestión y verdaderas eminencias como Vallet de Goytisolo han defendido su carácter real. Sin embargo, el arrendamiento no está entre los derechos que los arts. 106 y 107 LH consideran que son susceptibles de ser hipotecados. Yo, desde luego, como Registrador, no practicaría una anotación de embargo sobre un derecho de arrendamiento de vivienda.

A mayor abundamiento, la inscripción en el Registro protegería frente a posibles adquirentes y solo por dicho plazo máximo de tres años, pero no protege frente a la resolución del derecho del arrendador por causas inscritas con anterioridad a la inscripción del arrendamiento (art. 13) y tampoco queda protegido frente a las necesidades de este último. Así, el art. 9º3 considera, como caso de excepción a la prórroga, una vez transcurrido un año de la celebración del contrato, el hecho de que el arrendador necesite la vivienda para sí o para familiares en primer grado de consanguinidad o adopción, o para el cónyuge, en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

El principio de responsabilidad personal universal del deudor y su necesaria concreción sobre bienes específicos, a través del correspondiente embargo, coloca en mejor posición a la hora de obtener crédito a los titulares registrales que a los que no lo son

Buscando algún argumento, por débil que sea, para fomentar la inscripción de los arrendamientos, podríamos alegar el principio registral de tracto sucesivo: el art. 8 prevé la cesión y el subarriendo, contratos que también son inscribibles, pero, en todo caso, por aplicación del principio citado, requieren de la previa inscripción del derecho del arrendatario. Incluso, dado que ambos negocios precisan del consentimiento escrito del propietario, dicho consentimiento podría obtenerse de su constancia en la inscripción registral.

Si, como vemos, son pocos los incentivos para que el arrendatario inscriba, quizás lo son aún menos para que el arrendador lo haga. El propietario puede ver comprometido su grado de solvencia a través de la publicidad registral de la existencia de un

arrendamiento sobre la finca, lo que puede dificultar su acceso al crédito o la transmisión de la vivienda, aunque en este cambiante mundo económico nunca se sabe y, a veces, tener un arrendatario solvente no desvaloriza, sino que revaloriza, pero hasta ahora la conciencia social es que el «bicho» reduce el valor del inmueble.

En el contrato de alquiler tipo que se produce en nuestro país, caracterizado por la falta de profesionalidad de los arrendadores y la provisionalidad de los arrendatarios, los contratantes no se sienten atraídos por la inscripción registral

Sí que es cierto que la reforma introduce, como he señalado anteriormente, un incentivo para que el arrendador inscriba, cual es la posibilidad de resolución extrajudicial del contrato por impago de rentas, en los términos del art. 27'4. Así, si el arrendamiento se inscribe y en el contrato se estipula la resolución por falta de pago de la renta con restitución inmediata del inmueble al arrendador, la resolución tendrá lugar de pleno derecho una vez que el arrendatario haya sido requerido de pago judicial o notarialmente en el domicilio designado al efecto en la inscripción y no haya contestado al requerimiento en el plazo de los diez días hábiles siguientes o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo Juez o Notario que hizo el requerimiento. Nos encontramos, pues, con una especie de

«monitorio extrajudicial», pues el procedimiento termina si el requerido no contesta o contesta conformándose. En este caso, solo cabe la enervación de la resolución por el pago en el citado plazo de diez días. Este precepto será aplicable solamente a la resolución por falta de pago, pero no a otros supuestos de resolución, como sería el caso de un subarriendo o una cesión no consentidos.

Si el arrendamiento no está inscrito o, estándolo, no se ha pactado en el mismo contrato la vía extrajudicial de resolución, entonces la resolución debe efectuarse judicialmente por la vía del art. 440'3 LEC (artículo redactado igualmente por la Ley 4/2013, de 4 de junio), en el cual se establece un proceso monitorio que, en caso de existir oposición, continuará por los trámites del juicio verbal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 250'1, 1.º LEC.

El propio art. 27'4 permite la cancelación del arrendamiento en virtud del mismo título que provocó la inscripción acompañada del acta de requerimiento, de la que resulte la notificación y que no se ha contestado por el requerido o en que se ha aceptado la resolución. Se articula, por tanto, un procedimiento cancelatorio especial en cuanto que supone una excepción a la regla general contenida en el art. 82 LH, que exige, para la cancelación de los derechos, o bien el consentimiento del titular registral del derecho —que, en este caso, sería el arrendatario—, o bien una resolución judicial dictada en un procedimiento en que dicho titular registral haya sido parte. Esta cancelación será muy práctica si se pretende enajenar o gravar la finca.

Si hubiera cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento, será también preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el domicilio que obre en el Registro, y acreditar la consignación a su favor ante el mismo Notario de la fianza prestada por el arrendatario. La precisión legal «ante el mismo Notario» excluye, respecto de estos titulares, la posibilidad de que el requerimiento se efectúe por la vía judicial.

Al cancelar el arrendamiento, la ley prevé la existencia de cargas sobre el mismo. Antes he puesto de manifiesto que no caben hipotecas o embargos sobre el derecho del arrendatario, por lo que la expresión legal induce a confusión. No obstante, esta es mi opinión personal, que puede ceder ante otras más autorizadas y, desde luego, podemos encontrarnos con registradores que sí practican embargos sobre arrendamientos. En todo caso, hasta yo puedo practicar asientos derivados del arrendamiento, como los relativos a cesiones o a subarrendos, los cuales no constituyen propiamente cargas, pero que deberán ser cancelados.

Respecto de estas cargas o derechos posteriores, el art. 27 establece el mecanismo de la subrogación real, es decir, la cancelación de los mismos requiere de la consignación a favor de sus titulares de las cantidades que, en virtud de la resolución del contrato, correspondan al titular del derecho extinguido, pues aquellos titulares trasmutan su derecho sobre el asiento extinguido en un derecho sobre su equivalente económico. Esta técnica de la subrogación real ha sido aplicada por la doctrina de la DGRN⁽⁶⁾ en los casos de ejercicio de opciones de compra o condiciones resolutorias que implican la cancelación de asientos posteriores y la obligación del ejerciente de entregar cantidades a favor de la contraparte, las cuales deben consignarse en favor de los titulares de los derechos sobre ellos constituidos (hipotecas, embargos, etc.). En el caso del arrendamiento, tales cantidades no constituyen la fianza que debe ser retornada por el arrendador.

Por último, aunque el artículo prevea la restitución inmediata de la vivienda, si la misma no se produce voluntariamente, el arrendador tendrá que acudir al desahucio por la vía judicial, debiendo interponer el juicio verbal correspondiente de conformidad con el art. 250 LEC, el cual se tramitará por el procedimiento monitorio del art. 440'4, redactado





también por el art. 2 de la Ley 4/2013, siendo la inscripción registral de la resolución y consiguiente cancelación del arrendamiento título suficiente para proceder al mismo, sin necesidad de obtener una previa resolución judicial.

En definitiva, si los beneficios de la inscripción para arrendador y arrendatario no pueden considerarse como contundentes, habrá que ver, como antes he puesto de relieve, si la Ley persigue otra finalidad. En este sentido, una de las novedades en el ámbito arrendaticio proviene de la creación de las sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, cuyo objeto principal lo constituye la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. Con estas sociedades, se pretende profesionalizar un mercado ahora demasiado dependiente de los propietarios personas físicas, reacios a firmar contratos de larga duración y siempre sujetos a la «espada de Damocles» que supone la recuperación de la finca por el arrendador por necesidades propias. En el caso de sociedades arrendadoras con contratos arrendaticios de larga duración, la inscripción en el Registro sí puede resultar de sumo interés, pues, en dichos contratos, el arrendatario puede comprometerse más, haciendo, por ejemplo, inversiones en la vivienda que amortizará con su propio disfrute (baños, cocina, cerramiento de terrazas, etc.). En estos casos, la incertidumbre sobre la situación económica del arrendador, que puede conducir a la venta, la hipoteca o el embargo de la vivienda, sí puede causar un grave perjuicio al arrendatario y, en este caso, la inscripción sí puede cumplir su función protectora.

Pero, como he comentado al principio, quizá el mayor activo de la reforma no se encuentra en los efectos de la inscripción, sino, desde el punto de vista negativo, en los efectos de la falta de inscripción y su consiguiente inoponibilidad. La nueva regulación implica una mayor certidumbre para grandes inversores (no solo las SOCIMI, sino también fondos de inversión inmobiliaria, sociedades inmobiliarias, promotoras, etc.) en cuanto a la averiguación del estado arrendaticio de la finca. En estos casos, la certeza que implica la reforma añadirá certeza a sus inversiones. Se trata de atraer a grandes inversores inmobiliarios a un país —el nuestro— con una bolsa de más de un millón de viviendas vacías, un país que ha sido definido como «de ciudadanos sin vivienda y viviendas sin ciudadanos». A estos grandes inversores es a los que, entiendo yo, va dirigida la reforma, y

este partido es el que no ha hecho más que comenzar. En unos años, veremos si la reforma es un éxito o un fracaso.

Asimismo, la reforma será muy beneficiosa para las ejecuciones forzosas: la «Ley Emptorem» no solo se aplica a posibles compradores voluntarios, sino también a adquirentes derivados de la ejecución de un derecho real de garantía o de un embargo, ya sea en sede administrativa o judicial.

En la LEC fue una preocupación capital del legislador la eliminación o, cuando menos, la reducción de incertidumbres en cuanto al real valor de los bienes ejecutados. En este sentido, la LEC aportó diversas medidas tendentes a conservar el valor de la cosa, como la realización por persona o entidad especializada del art. 641 o la constancia registral de la verdadera responsabilidad por las cargas que deban quedar subsistentes, más allá de lo que publique el asiento respectivo, del art. 657. Entre estas medidas se encuentra la declaración judicial sobre la situación arrendaticia, conforme al procedimiento del art. 661, lo cual supone que en el anuncio de la subasta se exprese, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble, pudiendo pedir el ejecutante, a efectos de que conste en el anuncio, que el Tribunal declare si el ocupante tiene o no derecho a continuar en el inmueble tras la enajenación. Estas declaraciones dejan a salvo las acciones que pudieren corresponder al futuro adquirente para desalojar a los ocupantes. Está claro que la falta de inscripción del arrendamiento traerá claridad a la subasta y evitará la desvalorización que la incertidumbre posesoria provoca en las licitaciones de vivienda.

- (1) El texto de este artículo corresponde a la ponencia presentada bajo el mismo título por sus autores (A. Longo, n.º 1 y 2; J. L. Valle, n.º 3) en la jornada sobre *L'habitatge arrendat en època de crisi econòmica*, organizada por la Clínica de l'Habitatge de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 24 de octubre de 2014.
- (2) Que podrá ser, siguiendo lo dispuesto en el art. 13 LAU: el retrayente, en el caso del **retracto convencional**; el fideicomisario, en **una sustitución fideicomisaria**; el adjudicatario, en caso de **ejecución hipotecaria**; el optante, en la **opción de compra**, o el adquirente del derecho del arrendador, en cualquier otro supuesto de **resolución reconocida por sentencia judicial**.
- (3) Art. 1571 CC: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, sal-

vo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemne los daños y perjuicios que se le causen».

- (4) Disp. trans. 1.ª de la Ley 4/2013, de 4 de junio.
- (5) Señala el art. 3 de este Real Decreto que: «1. Cuando la finca arrendada conste inscrita bajo folio registral independiente, se consignarán por el Notario, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato, todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos de esta. Se consignarán también los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en su caso, el número correlativo que tuviere asignado la finca arrendada en la propiedad horizontal, así como la cuota de comunidad correspondiente a la misma, cuando se haya pactado que los gastos generales sean a cuenta del arrendatario. 2. Si la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y es una parte de esta, se describirá aquella con las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda». Añade el art. 6 que el contrato inicial y sus modificaciones serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada: «2. No será obstáculo que suspenda la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador. Bastará, en este caso, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal, que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos. La inscripción se practicará entonces en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca. No obstante, cuando, a juicio del Registrador, la claridad de los asientos así lo requiera, o cuando lo solicite el presentante, la inscripción del arrendamiento de parte de la finca registral se practicará en folio independiente, bajo el mismo número y el de orden correlativo que le corresponda. La apertura del nuevo folio se hará constar por nota de referencia al margen de la inscripción de dominio».
- (6) Ente otras, cabe citar las resoluciones de 19 de junio de 2007, de 10 de diciembre de 2010, de 10 de julio de 2013 y de 14 de abril de 2014. Práctica

Sevenden@sociedades.com

José Javier Cuevas Castaño
Notario jubilado

Confieso que, la primera vez que oí hablar de **levantamiento del velo**, la imaginación se me fue a claustros, novicias, jaimas y danzas de vientre.

Y no era eso.

Luego supe que lo del **velo** era una metáfora para hablar de tapujos, disimulos, apariencias, opacidad, hombres de paja y testaferros, y entonces me enteré de que la frasecita procede del mundo del Derecho anglosajón, aunque no me quedó muy claro si el inventor, el primero que se atrevió a **des-velar** algo, fue un tal Juez Marshal, al sentenciar, en 1809, el caso *Bank of the United States vs. Deveaux*, o el tribunal de la City que resolvió, noventa años después, el caso *A. Salomon & Company Limited*.

Por lo que a España se refiere, el invento tardó más en cuajar. Probablemente se debió a que por estas tierras siempre hubo más partidarios de misterios, capuchas, capirotos, tocas y celosías de clausura o de confesonario que defensores del *hágase la luz* y de la transparencia (y buena prueba de ello fue el **escrache** que le montaron a un Ministro y Marqués que intentó averiguar lo que escondían los castizos madrileños debajo de chambergos, embozos y capas largas, y al que su curiosidad le valió el exilio, después de no pocos quebraderos de cabeza).

Fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 la que importó la



medicina contra **velos**, ocultaciones y otros disimulos, permitiendo que, desde entonces, se pueda escharbar en lo aparente para intentar que *cada palo aguante su vela*, y así evitar que espabilados y parásitos se vayan de rositas y disfruten la fiesta del llamado Estado del Bienestar sin pasar por taquilla a *retratarse*, como manda la Santa Madre Iglesia.

Mientras fui Notario, procuré escurrir el bulto y evitar mi concurso para alumbrar *sociedades durmientes, inactivas o en cartera*,

fabricadas en serie y listas para ser vendidas como si de peras, sombreros o paraguas se tratase. Gracias a esta especie de *objeción de conciencia*, me las he ido apañando para llegar a la jubilación sin haber participado en ese **mercado de sociedades prêt-à-porter** que perdió su justificación de **urgencia** con la aparición de sociedades **nueva empresa, exprés o superexprés**, que, mediante los PAE, PAIT, CIRCE y DUE, facilitan las cosas a la ciudadanía y ponen al alcance de todo hijo de vecino un sistema de constitución

FICHA TÉCNICA

Resumen: Muestra el autor su recelo ante la constitución de sociedades inactivas para su posterior venta, lo que hoy por hoy no se justifica por razón de **urgencia** (a la que se ha dado respuesta con la constitución telemática de *sociedades express*), sino por la búsqueda de una **opacidad** que en realidad tampoco se logra, dado que tanto la *transmisión* de participaciones como la *concentración* que muestre la *titularidad real de las sociedades* están al alcance de la Administración Tributaria, gracias a la colaboración notarial preventiva del fraude y del blanqueo de capitales.

Palabras clave: Derecho Societario, constitución de sociedades.

Abstract: The author expresses his concern at the incorporation of inactive or 'off-the-shelf' companies for their subsequent sale, which nowadays cannot be justified on the grounds of **urgency** (given that the expedited incorporation of companies by electronic means is now possible), but rather in an attempt to provide some sort of **opacity** which cannot really be achieved either, given that both the *transfer of stock* and the *interest held by the real owner of the companies* cannot be hidden from the Tax Authorities thanks to the co-operation of notaries in the prevention of fraud and money-laundering.

Keywords: Companies Law, establishment of companies.



telemática a *uña de caballo*, en tiempo récord de veinticuatro horas, vivitas y coleando, con su denominación social, su NIF y su canesú, a precio de derribo y listas ya para esperar tres meses hasta obtener las licencias municipales, autonómicas, estatales y comunitarias que se precisan para poner en marcha cualquier chiringuito.

Las sociedades mercantiles ni son un objeto ni un producto destinado a comercializarse

Mis recelos hacia *viveros o criaderos de sociedades* se vieron aliviados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2000, en la que por lo menos se traslucía su visión desfavorable del asunto, al declarar que **«las sociedades mercantiles ni son un objeto ni un producto destinado a comercializarse, a ser objeto de tráfico jurídico, sino sujetos que participan en ese tráfico, que son parte y no objeto de contratos»**. No es mucho decir, pero *me nos da una piedra*.

Más tarde, me sentí respaldado en mis escrúpulos por los acuerdos de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Valencia de 9 de abril de 2002, según los cuales:

- Los notarios debían abstenerse de autorizar instrumentos cuyo contrato resultase ineficaz por la inexistencia de causa, es decir, la constitución de sociedades

cuya finalidad fuese la mera existencia, con personalidad jurídica, para la posterior transmisión de capital social, sin perjuicio de la presunción de existencia y licitud de la causa, establecidas en los arts. 1274 y ss. del Código Civil. Por lo que debía denegarse la prestación del ministerio notarial cuando de las manifestaciones de los otorgantes o del contexto resultase notoria su nulidad.

- Cuando existiesen sospechas, debían atenerse a lo dispuesto por el Consejo General del Notariado en su Circular 1/2000, sobre colaboración de los notarios en la lucha contra el blanqueo de dinero.

En sus acuerdos posteriores, de 9 de abril de 2002 y de 2 de junio de 2003, mantuvo la misma postura adversa a la constitución de *sociedades sin causa*, lo que fue minuciosamente analizado y confirmado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su **Resolución de 6 de abril de 2004**, según la cual:

—El Notario, como presupuesto de su función, debe formular un juicio de legalidad, por lo que **debe denegar su ministerio** cuando de las propias manifestaciones de los otorgantes o del contexto resulte notoria la nulidad. Y, frente a ello, no puede alegarse la presunción de existencia y licitud de la causa.

—Si al Notario **le consta** de manera notoria, de las propias manifestaciones de los otorgantes o del contexto, que el objeto verdadero de la sociedad no es la

realización de una o varias actividades específicas, sino su mera existencia, con personalidad jurídica, para la posterior transmisión del capital social, **debe denegar la autorización de la escritura**.

En apoyo de esta tesis clásica y purista, que comparto de la cruz a la raya, cita la Dirección General la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª, de 18 de noviembre de 2000 (recurso de casación 6387/1996)**, en la cual se enjuiciaba el comportamiento de un Notario, sancionado en un expediente disciplinario, que *«conocía que la constitución de las sociedades mercantiles por sus empleados carecía de causa y tenía como único objeto, como se declara probado en la sentencia recurrida, poner a disposición de futuros clientes esas sociedades preconstituídas por aquellos para dar a estos facilidades que no tendrían en otras notarías»*.

Y en esas estábamos cuando se publicó el **Real Decreto 1/2010, de 8 de enero**, que modificó el Real Decreto 1065/2007 para dar carta de naturaleza, mediante un *tratamiento normativo adecuado*, a la entidad que declare que se constituye **«con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones, acciones y demás títulos representativos de los fondos propios, y de que no realizará actividad económica hasta dicha transmisión»**.

Esta norma adjetiva y fiscal se esgrime como **patente de corso o verdad rebelada** por quienes se dedican a tan peculiar mercado, y pone *entre la espada y la pared* a quienes, por nuestra formación netamente iusprivatista, no tenemos tan amplias tragaderas como para pasar por alto la *sanción de nulidad* que el art. 1275 del Código Civil impone a los *negocios sin causa*.

Me quedo con las ganas de saber si este Real Decreto supone verdaderamente un cambio radical en la visión que la Agencia Tributaria tenía cuando, sin cuestionar su *licitud*, se refería a **«sociedades durmientes»** y **«nidos de sociedades»** para incluir a unas y a otros en sus Planes de Prevención del Fraude Fiscal, como el del año 2004, en el que se propugnaba el *«establecimiento de un programa sistemático, obligatorio y continuado en el tiempo en relación con aquellos contribuyentes domiciliados en nidos de sociedades y sociedades buzón y, en general, aparentemente inactivos y que presenten per-*

files de riesgo. Para ser efectivo, este control debe realizarse mediante personación en los centros de domiciliación de negocios, y tendrá por objeto verificar la **realidad de la actividad y del domicilio**».

La *esquizofrenia jurídica*, motivada por no poder servir a la vez a dos señores, se complica aún más en presencia de la abundante normativa de **lucha contra el blanqueo de capitales** con que se pretende evitar las ingenierías fraudulentas, que ya han desbordado el ámbito de juristas y boletines oficiales y campan a sus anchas por revistas, tertulias y programas rosa.

El problema reside en que los indicios objetivos son muy fáciles de eludir

- **La Instrucción de 10 de diciembre de 1999** de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desarrollada y complementada por las circulares del Consejo General del Notariado 1/2000 y 1/2005, sitúa entre los indicios objetivos de riesgo de blanqueo la «*constitución de tres o más sociedades en el mismo día o más de tres sociedades en el periodo de un mes, cuando al menos uno de los socios de aquellas sea la misma persona física o jurídica y concurra alguna de las siguientes circunstancias: que no sean residentes en España algunos de los socios o administradores; que se trate de socios o administradores no conocidos y residentes en plaza distinta, o concurren otros factores que hagan llamativa la operación*».

El problema reside en que los indicios objetivos son muy fáciles de eludir y el criterio *subjetivo* con el que termina el párrafo es algo sumamente relativo, evanescente e inseguro, lo que dificulta o impide todo rigor en una exigibilidad que queda asimilada a lo que en puro

Derecho Civil serían simples *obligaciones naturales*.

Por lo demás, está bien claro que la concurrencia de esos indicios o factores de riesgo ni obliga ni permite al Notario *abstenerse* de autorizar las escrituras en cuestión, sino que, conforme a la Instrucción que nos ocupa, le conmina bajo las penas del infierno a *informar* al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (hoy, a través del Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales, creado por la Orden EHA/2963/2005), sin poder revelar a clientes ni a terceros que se ha transmitido tal información.

- **La Circular 4/2005, de 17 de diciembre, del Consejo General del Notariado**, sobre la creación del Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales, sitúa en su punto de mira **la intervención del Notario en «compraventa de sociedades y entidades comerciales»**, lo cual no deja de ser un *brindis al sol*, al no proporcionar criterios para detectar y medios para evitar tales transacciones sospechosas sin conculcar las presunciones de inocencia, buena fe y licitud que a todos nos amparan.
- **La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**, en su art. 4 (fácilmente burlable mediante la adecuada distribución de acciones, participaciones o cuotas sociales), establece que los sujetos obligados, entre quienes están los notarios, «*identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones*»

A los efectos de esta Ley, desarrollada por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba su Reglamento,

se enumeran los diversos supuestos de titularidades reales ocultas bajo el **velo** de personas jurídicas, para lo cual se establecen determinados parámetros a fin de constatar quiénes son los verdaderos dueños y señores del asunto.

Me gustaría terminar estas notas proporcionando respuesta y consejo a quienes siguen teniendo que enfrentarse a la disyuntiva de excusar su participación en este mercado o permanecer en él, *tapándose* detrás del burladero del Real Decreto por entender que vale más una norma, aunque sea fiscal, que la opinión de una Junta Directiva o de la mismísima Dirección General de los Registros y del Notariado.

En esta encrucijada hay que mojarse y, por lo que a mí respecta, me mojaré diciendo que *ni quito ni pongo rey, pero ayudo a mi señor*, y mi señor, mientras no me lo cambie alguna disposición adicional colada de matute en cualquier ley de presupuestos o de acompañamiento, seguirá siendo el art. 1261 del Código Civil, cuya exigencia de **causa** como elemento esencial del contrato supone, en casos de su ausencia o ilicitud, la *pena capital de inexistencia o de nulidad del negocio jurídico*, impuesta por el **art. 1275 del mismo Código**, a lo que habría que añadir la *frustración de los motivos o finalidades*, si con la adquisición derivativa y no inscribible de las participaciones sociales se pretendiese lograr un cobijo **de opacidad**, puesto que tan torticero objetivo fracasaría al constar la transmisión necesariamente en **escritura pública**, quedando reflejada con pelos y señales en los **índices informáticos notariales**, directamente accesibles para la Agencia Tributaria y demás organismos, autoridades o funcionarios con competencia en materia fiscal, lucha contra el fraude o prevención y represión del *blanqueo de capitales*, por lo que bien puede suceder que la operación pretendidamente opaca se haga más visible, se sitúe en el punto de mira de tales entes controladores y *salga el tiro por la culata*.

Una aproximación al Reglamento 650/2012⁽¹⁾ (y II): ley aplicable, residencia habitual y certificado sucesorio⁽²⁾

Elisabeth García Cueto

Notaria de Barcelona

Profesora colaboradora con la URL-ESADE

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (ARTS. 62 Y SS.)
- III. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Como ya se comentó en la primera parte de este mismo trabajo (publicado en la revista *La Notaria* 2/2014, en esta misma sección), las relaciones entre personas o sujetos de distintas nacionalidades en un Estado del que no son nacionales generan situaciones, hechos y realidades que deben tener el amparo de una cierta regulación jurídica. La movilidad creciente de un gran número de personas, especialmente en el marco europeo y debido a la aplicación del principio de libre circulación de los nacionales miembros de un Estado de la Unión Europea, ha creado un espacio sin fronteras. La regulación española, desde la entrada en la Unión Europea, ha sufrido grandes variaciones, adaptándose a la normativa europea con el fin de conseguir ese anhelado espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. El contacto de la gente entre sí, así como con los bienes de un país, puede afectar al ámbito personal, al patrimonial o a ambos, que, en el caso sucesorio, vienen regulados por el Reglamento



de la Unión Europea del año 2012. Con él se ha conseguido unificar la regulación sucesoria internacional a nivel europeo, respetando la planificación propia del causante.

La regulación de las sucesiones internacionales —y, en particular, las transfronterizas enmarcadas en la Unión Europea— debe ofrecer soluciones a los problemas que se generen, de-

terminando la ley que aplica, el procedimiento y la determinación del título de heredero. Y es que es determinante establecer la ley aplicable a una sucesión, especialmente en lo que se refiere a temas tan relevantes como: a) la sucesión intestada y el orden de llamamiento, así como las partes atribuidas a los parientes intestados; b) la existencia de ciertas figuras que no existen en otros ordenamientos jurídicos —

FICHA TÉCNICA



Resumen: La regulación de las sucesiones internacionales —y, en particular, las transfronterizas enmarcadas en la Unión Europea— debe ofrecer soluciones a los problemas que se generen y, más en concreto, determinar cuál es la ley que se aplica, el procedimiento a seguir y, en consecuencia, la determinación del título de heredero. Mediante el presente trabajo, se analiza el contenido recogido en el Real Decreto 650/2012.

Palabras clave: Derecho de Sucesiones europeo, sucesiones *mortis causa* transfronterizas, certificado sucesorio.

Abstract: The regulation of international inheritance —and in particular cross-border inheritance within the European Union— ought to offer solutions to the problems generated, and more specifically, to determine which Law is to be applicable, which procedure is to be followed, and as such the determination of the entitlement of the heir. This work examines the provisions of Royal Decree 650/2012.

Keywords: European inheritance law, cross-border inheritance *mortis causa*, inheritance certificate.

testamentos mancomunados, pactos sucesorios o *trusts*—; c) la existencia o inexistencia de legítima y los límites a la facultad dispositiva del testador; d) la existencia de normas de distinto orden en cuanto a la transmisión de los bienes del causante —sistema personalista o patrimonialista—, con la intervención, en el segundo caso, de un tercero, administrador de la herencia; e) aquellos puntos relativos a las cuestiones procedimentales —conflictos positivos y negativos de competencia—, el fraccionamiento o no de la herencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, actos de jurisdicción voluntaria y documentos públicos, entre otros.

Se debe, en todo caso, partir de la existencia de facultad de elección de ley aplicable analizada en la primera parte de este trabajo, conocida como *professio iuris*⁽³⁾, restringiendo esta a la ley de la nacionalidad del otorgante. Cabe también recordar que la capacidad para otorgar testamento —y, por tanto, optar— se deberá analizar conforme a la ley personal del testador⁽⁴⁾.

El Reglamento se aplica a toda sucesión *mortis causa* transfronteriza (art. 1). A los efectos del documento, se prevé que «sucesión por causa de muerte» es «cualquier forma de transmisión de la propiedad *mortis causa*, ya derive de un acto voluntario, en virtud de una disposición *mortis causa* o de una transmisión *ab intestato*» (art. 3.1a). Este concepto incluye «la totalidad de la sucesión»⁽⁵⁾.

Si bien el concepto es amplio e incluye todas las cuestiones civiles relativas a una sucesión, se excluye de manera expresa todas las **cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas**⁽⁶⁾. Asimismo, el Derecho

de Sucesiones es autónomo del **Derecho de Familia**⁽⁷⁾, y por ello se le excluye de su aplicación. Y tampoco aplica a cuestiones de **capacidad**⁽⁸⁾, **alimentos**, **Derecho de Sociedades**⁽⁹⁾, **desaparición, ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física**, entre otros⁽¹⁰⁾.

Tampoco aplica a la **naturaleza de los derechos reales sobre un bien y a la publicidad de estos (art. 1.3j y 1.3j bis)**⁽¹¹⁾ y, en particular, al funcionamiento de los registros de la propiedad y los efectos de la inscripción o no en dichos registros. De hecho, la propuesta de Reglamento menciona de manera expresa que el apartado j y j bis supone que este solo se aplica a la adquisición por la vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido del derecho, ni al *numerus clausus* de los derechos reales de los Estados Miembros; ello implica que, en principio, no se puede constituir un derecho real no reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien⁽¹²⁾. Ahora bien, se tendrán que adaptar las estructuras nacionales para dar al derecho real desconocido un equivalente cercano. Además, tampoco afecta a la cualificación de los bienes y derechos, ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos.

La gran crítica que se realiza a la estructura y contenido del Reglamento radica en que, además de la ambigüedad existente en ciertos apartados⁽¹³⁾, se ha optado por hacer uso de la cláusula de consolidación, que ha consagrado, por exclusión, el ámbito de la materia regulada. Ello genera que sea más interesante saber lo que no está incluido que lo que sí lo está.

Como veremos a continuación, la competencia de los órganos jurisdiccionales se atribuye a aquellos pertenecientes al Estado Miembro en cuyo territorio tuviera su residencia habitual el causante en el momento de su fallecimiento⁽¹⁴⁾. Ahora bien, como veremos posteriormente, y tras las últimas reformas, se ha flexibilizado un poco la aplicación de dicho punto de conexión, pudiendo resultar competentes otros órganos jurisdiccionales.

No hay que olvidar que el presente Reglamento no se aplica a Dinamarca, ni a Irlanda, ni al Reino Unido. Estos dos últimos han optado por la no aplicación del mismo debido a que la propuesta incidiría de forma notable en sus sistemas jurídicos y en instituciones esenciales como: a) el *domicile* —domicilio—, y b) el *trust*⁽¹⁵⁾. Y hay otras propias del Derecho continental que deberían aceptar: i) el usufructo, y ii) la retroacción de gratuidades —reducción de donaciones o liberalidades por tratarse de disposiciones inoficiosas (*clawback*).

En definitiva, no se trata de armonizar el Derecho de Sucesiones ni los derechos reales de los Estados Miembros, sino que lo que se pretende es aplicar solo a la adquisición por la vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho.

La gran crítica que se realiza a la estructura y contenido del Reglamento radica en la ambigüedad existente en ciertos apartados y en la opción de hacer uso de la cláusula de consolidación. Ello genera que sea más interesante saber lo que no está incluido que lo que sí lo está

Pese a lo dicho anteriormente, la ley designada por el Reglamento se aplicará aun cuando no sea la ley de un Estado Miembro (art. 20), lo que denota su naturaleza universal. Y su aplicación solo estará limitada por la existencia de una regla de orden público, contenida esta en el art. 35⁽¹⁶⁾.

Finalmente, el art. 34 establece una regla especial de reenvío que prevé:

1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, inclui-



das sus disposiciones de Derecho Internacional Privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado Miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30.

La cuestión del reenvío ha sido problemática en relación con las sucesiones de nacionales de aquellos países anglosajones donde existe libertad de testar y no hay limitaciones, es decir, legítimas. Hoy por hoy, las SSTS de 18 de noviembre de 1996 y de 21 de mayo de 1999 parten de la resolución y aplicación caso por caso, teniendo en cuenta los siguientes parámetros: i) la unidad y universalidad del concepto de sucesión, que es un principio básico para el Derecho español, y ii) la armonía de la solución con el principio de libertad de testar propio de la ley a la que remite la norma de conflicto española.

En este momento, hay que traer a colación lo dicho en el primer estudio realizado del Reglamento, donde se determina que la ley aplicable a la sucesión es la de la residencia habitual⁽¹⁷⁾, pudiendo, no obstante, modificar el mismo, siempre que se opte por la ley del Estado del que sea nacional en forma de disposición *mortis causa*. Cabe recordar también que la ley aplicable tendrá unas características especiales que ya cita el propio Reglamento en su art. 23.1:

1) **UNIDAD de la sucesión:** una sucesión transfronteriza se tratará de una manera coherente, bajo **una sola ley y una sola autoridad**. La ley aplica a todo el patrimonio, bienes muebles e inmuebles, desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación de la herencia. Lo que se evita así es la coexistencia de varios procedimientos paralelos y un conflicto en las decisiones judiciales.

La segunda cuestión a abordar es qué se debe entender por «la totalidad de la sucesión» a la que se refiere el art. 23. Siguiendo la tesis monista, comprenderá desde la apertura hasta la transmisión definitiva de los bienes de la herencia a los causahabientes, sin distinguir entre los tipos de bienes.

2) **Punto de conexión** residual o subsidiario: **RESIDENCIA HABITUAL (art. 21)**: si bien la ley de la nacionalidad (art. 9.8 CC) es lo que tradicionalmente siempre se ha

estudiado y previsto por la mayoría de los ordenamientos jurídicos como punto de conexión, el Reglamento opta por la de la residencia habitual. La elección de esta ley supone partir de una mayor proximidad con el causante; ahora bien, también implica un cambio de mentalidad y perspectiva. La residencia habitual es el centro de interés del causante y suele ser allí donde se encuentran la mayoría de sus bienes y la mayor parte de sus acreedores, quienes no sufrirán la incertidumbre derivada de la ignorancia de la ley aplicable. Haciendo uso de esta opción de la residencia habitual, *ius y forum* por regla general van a coincidir, lo que facilitará aún más las cosas. En esencia, las normas están dirigidas a garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho.

El primer gran problema ante el que nos encontramos es el de la definición de *residencia habitual*, es decir, la existencia de definiciones varias de lo que se debe entender por *residencia habitual*, especialmente según los países *Civil Law* —que hablan de *résidence habituelle* (criterio más bien objetivo)— frente a los países *Common Law* —quienes hablarán de *domicile* (criterio subjetivo)⁽¹⁸⁾.

El Reglamento no da una definición clara de la misma. El Convenio de La Haya de 1989, en el que este se inspira, ya trató el tema, y lo resuelve combinando la idea de *residencia* con la de *nacionalidad* y la exigencia de una cierta duración (al menos cinco años).

En el ámbito de la Unión Europea, la definición de la misma no es abstracta, sino que se debe aplicar al caso concreto y las circunstancias que lo rodean: así se deduce del *caso Magdalena Fernández* (15 de septiembre de 1994), del *caso Kozowski* (17 de julio de 2008) y del *caso Adánez-Vega* (11 de noviembre de 2004)⁽¹⁹⁾. Se refiere, al fin y al cabo, al «lugar donde la persona ha establecido sobre una base fija su centro de intereses habitual o permanente (centre de vie), teniendo en cuenta todos los hechos», que es más importante que el tiempo que ha estado una persona en un lugar determinado. Una persona puede residir en varios países (por motivos particulares), pero solo va a tener una residencia habitual⁽²⁰⁾.

En España, el tema de la permanencia es lo que dota a un lugar de importancia para que podamos decir que existe domicilio. No obstante, se podría diferenciar en nuestro ordenamiento jurídico el domicilio personal

(que puede tenerlo cualquier persona nacional o extranjera) del domicilio profesional, comercial o legal. En cualquier caso, el domicilio se compone de dos elementos: el material —que consiste en el hecho de residir en un lugar— y el espiritual —la intención o voluntad de una persona de residir allí.

El primer gran problema ante el que nos encontramos es el de la definición de *residencia habitual*. El Reglamento no nos facilita una definición clara y, en el ámbito de la UE, su definición no es abstracta, sino que se aplica a cada caso concreto y sus circunstancias

Los Tribunales franceses (algo parecido pasa con los españoles) se han pronunciado diciendo que es donde existe tu «*centro de vida*», pero sin dar criterios objetivos: «*El lugar donde el interesado ha fijado, con la voluntad de darle un carácter estable, el centro permanente de sus intereses, siendo entendido que, para la determinación de esta residencia, es necesario tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de la misma*». Los que se tienen en cuenta son: i) la duración efectiva o la previsión de residencia de esa persona en ese lugar, así como el carácter provisional o durable de la estancia —aunque no es menos cierto que puede convertirse en un criterio arbitrario basado en una presunción de la integración de intereses en el lugar, siendo deseable, en esos supuestos, que se complemente con otros criterios—; ii) el lugar donde la persona percibe la mayor parte de sus ingresos y realiza su declaración fiscal; iii) de sus propias declaraciones, y iv) el hecho de volver a su país no es suficiente para caracterizarlo de residencia habitual.

Finalmente, cabe tener en cuenta los últimos considerandos añadidos en el Reglamento, al hilo de lo dicho ya por la propia jurisprudencia comunitaria y de los Estados Miembros, que completan de manera positiva el documento. Especialmente, los n.º 23 y 24 establecen que: «*Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular, la duración y la frecuencia de la*

presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». No obstante, el n.º 24⁽²¹⁾ reconoce la dificultad de determinarlo en situaciones complejas, reconociendo la posibilidad de que exista una vinculación manifiestamente más estrecha con otro Estado y, por tanto, la aplicación de una ley distinta a la inicialmente determinada. No obstante, no debe emplearse este como criterio subsidiario cuando la determinación sea compleja ni para eludir la ley aplicable⁽²²⁾.

Desde el punto de vista notarial, se entiende que será necesaria un acta de notoriedad previa a la escritura de aceptación de herencia donde se realicen y plasmen los indicios y pruebas que avalen que la residencia habitual se sitúa en nuestro país y, por tanto, que la ley aplicable es la española

Esta situación de dificultad a la hora de determinar la residencia habitual se traslada a los operadores que han de intervenir el procedimiento. De ahí la pregunta: «¿Cómo se prueba ante la autoridad competente (en su caso, el Notario)?».

La realidad nos demuestra que es mucho más fácil probar la nacionalidad que la residencia habitual, pues existen documentos oficiales que la acreditan fácilmente (el pasaporte o, incluso, el DNI). Y, aunque no se nos escapan los casos de doble nacionalidad, plurinacionalidad o apatridia, la residencia habitual tiene el escollo de la inexistencia de un documento que la justifique. Como mucho, tenemos el padrón municipal, pero tiene el inconveniente de su ámbito y validez restringidos, la facilidad de expedición del mismo y su relatividad probatoria en cuanto a la residencia. Es cierto que el estar en el padrón denota, al menos, la voluntad de una cierta estabilidad en esa población determinada, pero no implica necesariamente que así sea. Pese a ello, la autoridad tendrá que hacer un poco de «detective privado», si no se conforma con la presentación de un certificado de empadronamiento.

Desde un punto de vista notarial, específicamente y en la parte que nos afecta, se oyen no pocas voces que entienden que será necesaria un acta de notoriedad previa a la escritura de aceptación de herencia donde se realicen y plasmen los indicios y pruebas recabadas que nos lleven a entender que la residencia habitual se situaba en nuestro país y, por tanto, que la ley aplicable será la española.

En cualquier caso, sería conveniente y deseable que hubiera un criterio común respecto a la documentación a exigir por parte de las autoridades, a fin de tener una cierta uniformidad a la hora de determinar la ley aplicable en cada uno de los Estados firmantes.

Interesante cuestión, por último, es la que prevé el art. 36 del Reglamento, que recoge la posibilidad de que el ordenamiento jurídico del lugar de la última residencia habitual sea plurilegislativo (como es el caso de España, entre otros). El Reglamento respeta la coexistencia dentro de un mismo territorio de varios regímenes sucesorios, y se establece que, en estos casos, «las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas sean de aplicación»⁽²³⁾. No obstante, la nueva redacción ha ido más allá de esta primera remisión, pues prevé la posibilidad de que no haya normas internas de conflicto de leyes en dicho Estado⁽²⁴⁾.

Volviendo al ámbito de la autonomía de la voluntad, cabe preguntarse si ésta existe en la elección de la ley aplicable. La respuesta a dicha pregunta se encuentra en el art. 22. Los ciudadanos, viviendo en el extranjero, pueden decidir si la ley de su nacionalidad se aplicará a su sucesión en vez de la ley de su residencia, en una disposición *mortis causa*, rigiendo la existencia y la validez del fondo de su consentimiento por la ley elegida (generalmente, la de la nacionalidad). Dicha elección, como es lógico, podrá modificarse o revocarse, siempre y cuando se cumplan los requisitos aplicables a dichos actos. En este punto, hay que recordar que la validez de las formas o disposiciones testamentarias no está cubierta por el Reglamento, aplicándose el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961⁽²⁵⁾.

La opción de la nacionalidad se debe a la facilidad de aplicarla a cualquier Estado (en todos los sistemas jurídicos existentes, el concepto es el mismo), así como a su estabilidad, ya que, aunque modificable, no lo suele ser de manera tan fácil ni frecuente (todo ello, sin perjuicio de los casos de doble nacionalidad y apatridia que existen).

No obstante, y pese a la exclusión del art. 1.3, es interesante remarcar el hecho de que el Reglamento haya excluido la posibilidad de elegir como ley aplicable a la sucesión aquella aplicable a su régimen matrimonial.

Me remito aquí a lo dicho en el primer trabajo de estudio del presente Reglamento.

II. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (ARTS. 62 Y SS.)

El certificado sucesorio europeo (en adelante, CSE), a grandes rasgos, es el título de acreditación de la condición de heredero, legatario y administrador de la herencia ideado en la Propuesta de Reglamento Comunitario de Sucesiones. En el libro verde del 2005, ya se propuso (cuestiones 30 y 33 a 35) la creación de documentos de ámbito comunitario, con un idéntico régimen jurídico en todos los Estados Miembros, para así permitir a las personas probar su condición de heredero, legatario o administrador/gestor de la herencia y obrar en nombre de la herencia en cualquier parte del espacio comunitario. Así, la primera Propuesta de 14 de octubre de 2009 (que tiene sus antecedentes en el Plan de Acción de Viena de 1998) ya hace referencia al mismo. La necesidad de la creación de un título viene dada por la multiplicidad de sistemas existentes dentro del propio sistema *Civil Law*: a) sistema de certificados judiciales (Austria y Alemania); b) sistema notarial basado en testamento notarial y actas de notoriedad de declaración de herederos (Francia y España), y c) sistema de inventarios privados (Suecia y Finlandia).

En este punto, había dos opciones para el legislador europeo: o bien reconocer cada uno de los diferentes documentos existentes, documentos nacionales de los distintos países según donde se han emitido (imitando el modelo suizo), o bien crear un certificado *ex novo* para ser utilizado en el extranjero, siguiendo el modelo previsto en el Convenio de La Haya de 1989 o en el Código Civil de Quebec⁽²⁶⁾.

Con el fin de dar una solución internacional, se ha optado por crear un documento *ex novo*, el llamado CSE, cuya idea fuerza va íntimamente ligada a los efectos del mismo, así como el necesario apoyo del que ha de venir acompañado: la creación de un registro de testamentos o últimas voluntades a nivel europeo. Sin embargo, esto último no consta en ningún proyecto o propuesta, pese a la importancia del mismo.



El CSE se inspira profundamente en la figura de origen alemán denominada *Erbschein*. Como hemos visto antes, en los distintos Estados Miembros existen figuras parecidas o iguales a esta, pero con distintas denominaciones: así, en Austria, *Einantwortungsurkunde*; en Francia, *acte de notoriété y certificat de héritier*; en Italia, *atto di notorietà*, y en España, declaración notarial/judicial de herederos *ab intestato*.

El CSE pretende ser un documento de gran importancia y utilidad, si bien su uso no será obligatorio ni sustituirá a los documentos internos empleados por los Estados Miembros, quienes podrán seguir probando la cualidad de heredero y los poderes del administrador o ejecutor de la sucesión conforme a su procedimiento interno (es decir, el CSE y el interno coexistirán). Y, una vez expedido, surtirá los mismos efectos en cualquier Estado, conforme al art. 62. La tramitación del documento será más rápida y menos costosa, simplificando los trámites administrativos existentes hasta el momento y, a su vez, se modernizará, acelerará y aumentará la seguridad en la aplicación del Derecho y del Reglamento.

Este instrumento, de naturaleza controvertida (se encuentra a medio camino entre la resolución judicial y el documento público, creando un verdadero título *sui generis*), doctrinalmente y en el ámbito notarial, ha sido acogido positivamente, pues permitirá a herederos, legatarios y ejecutores o administradores de la herencia invocar su cualidad y ejercer sus derechos como tales.

1. Contenido de la solicitud del CSE (arts. 65 y 66)

Todo CSE sigue un modelo estándar, que deberá reunir una serie de requisitos que recogen los arts. 65 y ss. del Reglamento. Se busca, por parte del legislador, que, aunque su uso no sea obligatorio⁽²⁷⁾, sí resulte ser un título uniforme. Contendrá los elementos necesarios e indispensables para dar una información segura a los terceros contratantes y permitirá gozar de presunción de veracidad de su contenido⁽²⁸⁾. Como elementos fundamentales que deben constar en toda solicitud, encontramos, entre otros, los siguientes:

1) Legitimación y jurisdicción competente: el CSE debe ser expedido a instancias de una de las personas interesadas (heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de

la herencia) y por una autoridad con competencia para ello, es decir, un órgano jurisdiccional o cualquier otra con autoridad para sustanciar cuestiones sucesorias, en virtud del Derecho nacional (art. 63). Los datos de una y otra han de constar en la solicitud.

- 2) Causante y solicitante: datos de los mismos, sexo, fecha, lugar de nacimiento, estado civil, número de identificación, nacionalidad, dirección en el momento del fallecimiento y la fecha y el lugar del fallecimiento.
- 3) Datos del cónyuge o pareja del causante.
- 4) El fin para el cual se solicita el certificado.
- 5) Elementos en los que el solicitante fundamenta su derecho sobre los bienes hereditarios y/o el derecho a ejecutar el testamento del difunto y/o a administrar la herencia.
- 6) Ley aplicable y circunstancias, si hubo elección: las circunstancias de hecho y derecho que han dado lugar a que se aplique una ley u otra, especialmente en lo que se refiere a la indicación de si el difunto había otorgado una disposición *mortis causa*⁽²⁹⁾ o celebrado contrato de matrimonio o equiparable a este.
- 7) La declaración de conocimiento de la existencia de un litigio pendiente.
- 8) Cualquier otra información que el solicitante considere útil.

La autoridad expedidora deberá verificar la información y las declaraciones, documentos y demás pruebas presentadas por el solicitante, pudiendo realizar de oficio las averiguaciones necesarias para tal fin. Por tanto, volvemos a ver plasmada la función «investigadora» de la autoridad, aunque, de nuevo, sin fijar qué es exactamente lo que se debe pedir a fin de acreditar los hechos y dejando a nuestro propio juicio la acreditación de las circunstancias necesarias para poder expedir el certificado⁽³⁰⁾. Quizá sería recomendable, especialmente en lo que se refiere a la residencia habitual del causante, algún tipo de concreción de la documentación a exigir, aunque sea a nivel nacional.

En cuanto a los elementos del certificado en sí, además de los datos citados, en especial será necesario añadir, entre otros, el número y la fecha de expedición del CSE, así como los elementos con base en los cuales la autoridad se considera competente para expedir el certificado, los datos del solicitante y de los beneficiarios, la ley aplicable a la sucesión y los elementos sobre cuya base se ha determinado dicha ley y, finalmente, información relativa a la sucesión: si estamos ante una sucesión testada o intestada, información del beneficiario, los derechos que corresponden a cada uno de ellos, la lista de derechos/bienes del legatario, las restricciones de cualquier beneficiario y las atribuciones al ejecutor testamentario y/o administrador de la herencia y sus limitaciones.

2. Elementos varios: cuestiones debatidas y/o delicadas

a) Aceptación: uno de los elementos es la indicación relativa a si alguno de los beneficiarios ha hecho una declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la sucesión. En ciertos Estados Miembros, la aceptación es necesaria para establecer la capacidad sucesoria⁽³¹⁾. En otros, solo a efectos de tramitación y formación del inventario, por lo que la ausencia de la misma no impediría la emisión del certificado.

Con el fin de dar una solución internacional, se ha optado por crear un documento *ex novo*, el llamado CSE, así como por la creación de un registro de testamentos o últimas voluntades a nivel europeo. Sin embargo, esto último no consta en ningún proyecto o propuesta

Aún no se ha decidido, pero parece que uno no podrá aceptar sin saber qué hay en la herencia, lo que, en el caso de optar por el primer supuesto, implicará el retraso de todo el proceso y la imposibilidad de emitir el certificado⁽³²⁾.

b) Inventario de los bienes: aunque no se cita de manera expresa, algunos consideran necesario que se realice un inventario para la eficacia del CSE; otros opinan que se puede expedir sin necesidad de este, y que será en un momento

posterior cuando cada afectado haga su propio inventario de bienes.

Aunque parece que es necesario hacerlo en un momento u otro, resulta complicado imaginar la realización de un inventario exhaustivo en el caso de patrimonios de bienes de distinta naturaleza. En este caso, quizá serán necesarios certificados sucesivos a medida que vayan apareciendo otros bienes.

Personalmente, echo en falta algún tipo de mención sobre la validez de aquel certificado erróneo que pueda seguir circulando: ¿serán los actos realizados a su amparo nulos? ¿Serán anulables? ¿Será necesaria la intervención de los Tribunales?

c) Matrimonio, acuerdos matrimoniales: no se nos escapa la importancia del matrimonio, el régimen matrimonial y los posibles acuerdos entre los cónyuges, pues estos pueden implicar una repercusión en la sucesión. Si bien se nos habla, en el art. 65, de la necesidad de hacer constar los datos del cónyuge, nada se dice acerca del régimen matrimonial, más allá de si hay un acuerdo matrimonial. Creo que esta circunstancia podría haberse añadido, pues la autoridad que deba preparar el documento de aceptación de herencia debe conocer tales circunstancias o parámetros, incluso aunque fuera un régimen legal subsidiario el aplicable.

Autoridad que debe expedirlo: el Reglamento habla de «órganos jurisdiccionales», debiéndose entender el término en sentido amplio, pues incluye a jueces y tribunales, pero también a notarios y secretarios judiciales⁽³³⁾ —notarios entendido como Notariado latino.

El sistema de copias será parecido al que existe hoy en día en el sistema notarial. La autoridad que expide el CSE conserva el original del certificado y puede entregar una o varias copias al solicitante o a la persona que tenga un interés legítimo, haciéndose constar en un listado a favor de quienes se expidieron. Las copias tienen un plazo de validez de seis meses, pudiéndose ampliar en casos excepcionales. En el supuesto de

que exista algún error, se podrá modificar o anular el certificado. Como consecuencia de ello, la autoridad expedidora deberá comunicar a todas aquellas personas a favor de quienes se expidió una copia la rectificación, modificación o anulación de este⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾.

Ahora bien, personalmente, echo en falta algún tipo de mención sobre la validez de ese certificado erróneo que sigue circulando: ¿serán los actos realizados a su amparo nulos?. ¿Serán anulables?. ¿Será necesaria la intervención de los Tribunales?. ¿Se deberá proteger al tercero que contrató con base en un documento público conforme al art. 42, que luego veremos?

La importancia del Notariado a este respecto es capital, porque permitirá descargar al sistema judicial, pero, además, debe prepararse para crear una red notarial en el seno de la Unión Europea, a imagen y semejanza de lo que hoy tenemos con el ENN. Se llegará, como ya sucede hoy en España, a que los notarios, conjunta o alternativamente con las autoridades judiciales, sean quienes expedirán el certificado. Y no se limitarán a expedir un documento que luego deberá ser confirmado por autoridad pública, como establece el Convenio de La Haya de 1973.

Los efectos⁽³⁶⁾ del CSE están recogidos en el art. 69 del Reglamento, que es, quizá, uno de los más controvertidos en cuanto a su interpretación. Así, pasará a analizarlo por párrafos de una manera abreviada⁽³⁷⁾.

1. El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados Miembros, sin que sea preciso ningún procedimiento especial.

Con ello se evita la remisión a los sistemas nacionales y el intentar su aceptación en el sistema jurídico de otro Estado Miembro, con todos los temores y la falta de coherencia de tener que adaptar un título a un sistema o al revés. Estaremos, pues, ante un título con efecto probatorio igual en todos los Estados parte (pero solo respecto de los elementos que se rigen por el presente instrumento), aunque sin llegar a ser un título con fuerza ejecutiva.

Además, aunque no sustituye a los certificados nacionales, el CSE circula libremente y es reconocido de manera automática.

2. Se presumirá que el certificado prueba los extremos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concre-

tos de la herencia. Se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o facultades que se expresen, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado.

3. Se considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

4. Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

La presunción prevista es *iuris tantum* y se está refiriendo al fondo, al contenido del documento, lo cual tiene toda su lógica, pues, si el certificado está emitido por una autoridad pública, le corresponde a esta controlar su legalidad. Se presume correcto y completo, salvo prueba en contrario. Con ello, los titulares del CSE podrán utilizarlo para exigir y ejercer sus derechos sucesorios o sus poderes, los administradores, dentro del límite de las condiciones indicadas.

No obstante, hay que tener en mente la redacción anterior del mismo artículo, que hablaba de presunción de «veracidad». La mención es importante, pues el origen de este artículo lo encontramos en el *Erbsschein* alemán (previsto en el párr. 2365 BGB), donde se presume que el derecho de heredera indicado en el certificado sucesorio corresponde a quien aparece como heredero en el certificado y que no está limitado por más disposiciones de las que se indican. En definitiva, se está protegiendo la apariencia del tráfico jurídico⁽³⁸⁾.

Y es que el apdo. 3.º no hace más que recoger los efectos legitimadores y liberatorios del CSE. Sería el equivalente a nuestro art. 1164 CC, en el ámbito obligacional. El tercero que contrata, paga y hace confiado en la



aparición jurídica, porque el que se presenta como acreedor lo hace con una confianza y creencia razonable, adecuada y objetiva, sería equivalente al que hoy en día contrata con base en la copia autorizada del título sucesorio⁽³⁹⁾. En realidad, se puede concluir que se protege al tercero de buena fe, salvo que se pruebe y se deje constancia de que el contenido del certificado no se ajusta a la realidad, aspecto este que no se altera, pues ya sucede como tal en nuestro ordenamiento.

No obstante, ESPÍÑEIRA SOTO ha puesto de relieve otro problema derivado de la interpretación de este artículo: el origen germánico del mismo en relación con el art. 28 LH⁽⁴⁰⁾ en cuanto a los efectos de la inscripción. Y es que las primeras redacciones de la Propuesta del Reglamento parecían dar lugar a una distinta protección según se haga uso del CSE o de certificados domésticos⁽⁴¹⁾; no obstante, en las últimas versiones, parece haber un cambio de rumbo en este sentido⁽⁴²⁾, excluyendo del instrumento los efectos de la inscripción de los derechos en el Registro de la Propiedad. Será, por tanto, cada país a quien le corresponda determinar el efecto declarativo o constitutivo de la inscripción, o bien el efecto *erga omnes* que puede producir la inscripción⁽⁴³⁾. Y es que, partiendo de nuestra perspectiva, no podemos ampliar la simple eficacia probatoria del CSE sin más, ya que las características de nuestro Registro de la Propiedad también se han de tener en cuenta: tipo de registro, efectos del art. 38 LH, etc.

5. El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado Miembro, sin perjuicio del artículo 1, apartado 2, letras k) y l).

Hay que partir de la existencia de un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo que se pronuncia a favor del reconocimiento mutuo de los actos y documentos de los agentes reconocidos y la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los derechos reales inscribibles. Es decir, el certificado es título a efectos de transcripción o inscripción en el Registro.

La doctrina española, no obstante, opta por entender que solo existe efecto probatorio del CSE. Y todo ello no solo por los efectos distintos que tiene el certificado respecto a una escritura de adjudicación y aceptación de herencia, los efectos notariales del título sucesorio o la protección del

art. 28 LH, sino porque los sistemas de adquisición de los bienes del causante pueden no ser los mismos en cada uno de los Estados Miembros. Aun así, opina RODRÍGUEZ SÁNCHEZ⁽⁴⁴⁾ que la inscripción de bienes concretos a favor de los herederos requerirá, por regla general, de un documento particional o de entrega de bienes, normalmente en escritura pública. Sin embargo, cuando se trate de un heredero único o incluso un pacto sucesorio, sería posible la inscripción de bienes concretos con base en el contenido del certificado.

Finalmente, los considerandos 18 y 19 recogen la cuestión relativa a la inscripción y sus requisitos⁽⁴⁵⁾, que se realizarán según las modalidades de la ley del Estado Miembro, excluyéndose del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Es decir, será el Derecho interno de cada país el que determine la adquisición de los derechos de propiedad y el que prevalecerá en caso de conflicto entre los contenidos del certificado y los efectos del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la inexactitud del certificado, en su caso.

Aun así, estos problemas no deben impedir la eliminación de ciertas formalidades y conseguir la celeridad que se busca, circulando sin que precise ni legalización ni apostilla⁽⁴⁶⁾, a diferencia del art. 9 del Convenio de La Haya de 1973.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo se pronuncia a favor del reconocimiento mutuo de los actos y documentos de los agentes reconocidos y la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los derechos reales inscribibles

No obstante, no hay que olvidar que los propios considerandos 18 y 19 hacen expresa mención de la necesidad de los Estados Miembros y sus respectivas autoridades⁽⁴⁷⁾ de permitir la adaptación de un derecho real desconocido en su ordenamiento jurídico al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado Miembro⁽⁴⁸⁾.

III. BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNTOS, A. P., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Ed. Colex UNED, Madrid, 2001.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; AGUILAR GRIEDER, H., *Orden público y sucesiones*, vols. I y II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1984 y 1985.

AGUILAR GRIEDER, H., «La inconciabilidad de resoluciones como causa de denegación del reconocimiento y del exequátur en el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo», en *Actas del Seminario «La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea»*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

ÁLVAREZ TOMÉ, M., «Criterios de determinación de la competencia internacional en supuestos de sucesiones en el ámbito de la UE», en <http://www.miamin.uni-muenster.de>, Ed. Universität Münster, Münster, 2010.

ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

BALDUS, C., «Hacia un nuevo Derecho Sucesorio europeo: apuntes sobre la Propuesta de Reglamento de Sucesiones», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 26, Julio-Agosto 2009.

CALATAYUD SIERRA, A., «Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 86-87, Abril-Septiembre 2013.

CALÒ, E., «El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho italiano», en *InDret*, n.º 3/2010. <<http://www.indret.com>>

CALVO VIDAL, I. A., «El Derecho de Sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 328, Mayo 2012, págs. 97-107.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014.

ESPÍÑEIRA SOTO, M. I., «Despejando grises sobre la Propuesta de Reglamento

Europeo de Sucesiones», en <http://notariosregistraradores.com>, 2010.

— «Reflexionando sobre el Reglamento de Sucesiones», en <http://notariosregistraradores.com>, 2012.

— «La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones *mortis causa*. Incidencia de la *professio iuris*», en <http://notariosregistraradores.com>, 2012.

FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

FONTANELLAS MORRELL, J. M.ª, «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», en *Dereito*, vol. 20, n.º 2, 2011, págs. 83-129.

FUGARDO ESTIVILL, J. M.ª, *En torno a la Propuesta de Reglamento sobre Sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA CUETO, E., «Algunos apuntes sobre la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones y sobre el certificado sucesorio europeo», en *La Notaria*, n.º 4/2011-1/2012.

HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo Reglamento Europeo sobre Sucesiones», en *Diario La Ley*, n.º 7933, 2012.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, Octubre 2013, págs. 350-370.

PRATS ALBENTOSA, L., «Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y creación del certificado sucesorio europeo», en *Diario La Ley*, n.º 7929, 2012.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S., *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», en *Indret*, n.º 1/2013. <<http://www.indret.com>>

RUBIO TORRANO, E., «Reglamento Europeo de Sucesiones», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, n.º 1, Abril 2013, págs. 17-20.

SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Aproximación al Reglamento Europeo de Sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo», en *Iuris*, 1.ª Septiembre 2012, págs. 18-22.

(1) Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En adelante, RSE.

El presente Reglamento está en vigor desde el día 16 de agosto de 2012, si bien es aplicable en su regulación principal a partir del 17 de agosto de 2015. Sin embargo, los arts. 77 y 78 son de aplicación desde el día 16 de enero de 2014, y los arts. 79, 80 y 81, a partir del día 5 de julio de 2013.

Asimismo, la normativa no será de aplicación al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sin perjuicio de ello, y según lo previsto en los protocolos 21 y 22 sobre la posición de estos países en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, los dos primeros (Reino Unido e Irlanda) podrán notificar su intención de aceptar el Reglamento tras su adopción de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del Protocolo 21.

(2) Basada en la ponencia «Derecho de Sucesiones, una visión europea», presentada en el Colegio Notarial de Cataluña el 7 de marzo de 2012, y en la publicación en *La Notaria* 1/2012 y 2/2014.

(3) Está previsto en los arts. 21 y 22 del Reglamento, que establecen:

Art. 21: «1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.
2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado».

Art. 22: «1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento».

(4) En este sentido, en caso de ser nacional de nuestro país, art. 9.1 CC. En caso de que sea una persona extranjera y el Notario español interviniente no tuviera conocimiento de la ley reguladora de la capacidad, podría

exigir la oportuna acreditación por certificación consular (art. 168.4 RN).

(5) Art. 19.

(6) Debe corresponder al Derecho nacional determinar, entre otras, las modalidades de cálculo y pago de los impuestos y otros pasivos de Derecho Público, ya se trate de impuestos adeudados por el difunto en el momento del fallecimiento o de cualquier tipo de impuesto relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios. También debe corresponder al Derecho nacional determinar si la liberación de bienes sucesorios a los beneficiarios en virtud del presente Reglamento o el registro de los bienes sucesorios en un registro puede ser objeto del pago de impuestos (Considerando 8 bis).

(7) Tampoco se entiende que forma parte de la problemática relativa a los regímenes matrimoniales, incluidos los acuerdos matrimoniales; pese a ello, es frecuente que los regímenes se liquiden en el momento de la sucesión de uno de los miembros, en cuyo caso las autoridades que sustancien la sucesión deberán tenerlo en cuenta a la hora de determinar la herencia del difunto y las partes que corresponden a los beneficiarios.

(8) En lo que concierne a la capacidad de los extranjeros de otorgar testamento, hay que traer a colación lo dispuesto en el art. 168.4 RN, que dispone «La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante el Notario español, si este no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul General o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil, la capacidad de los extranjeros se verificará por el Notario con arreglo a la ley española. Si en el Estado del que el extranjero otorgante fuese ciudadano no usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad».

Cuando en la redacción de alguna escritura el Notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el Notario deberá denegar su función conforme al artículo 145».

Sin embargo, no hay que olvidar, al respecto, la RDGRN de 14 de diciembre de 1981, conforme a la cual el Registrador no está vinculado por la apreciación hecha por el Notario del juicio de capacidad en relación con el Derecho extranjero. Es por ello que



- se remite a los informes previstos en el art. 36 RH o a cualquier otro medio de prueba legalmente previsto (en este mismo sentido, las RRDGRN de 27 de abril de 1999 y de 5 de febrero de 2005).
- (9) Respecto a la problemática generada por las exclusiones, *vid.* E. CALÒ, «El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho italiano», en *InDret*, n.º 3/2010, y, con carácter general, *vid.* por todos J. M.ª FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la Propuesta de Reglamento sobre Sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.
- (10) Art. 1.3: «Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: el estado de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables; b) la capacidad jurídica de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, y en el artículo 19 quater; c) las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o el presunto fallecimiento de una persona física; d) las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes económicos resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio; e) las obligaciones de dar alimentos distintas de las que tengan su causa en el fallecimiento; e bis) la validez formal de las disposiciones mortis causa hechas oralmente; f) los derechos de propiedad, intereses y bienes creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del superviviente, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, letra j); g) las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros; h) la disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; i) la creación, la administración y la disolución de trusts; j) la naturaleza de los derechos reales, y j bis) cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro».
- (11) Este apartado parecía contradecirse con el art. 9 de la Propuesta aprobada el 1 de marzo de 2012 por la Comisión de Interior, Justicia y Libertades Transfronterizas. En esta nueva versión, aprobada por el Parlamento, el artículo ha desaparecido.
- (12) Es importante hacer mención a la gran modificación en la interpretación que se ha producido en este precepto no solo en lo que se debe entender aplicable, sino también en cuanto a los efectos de la Propuesta y el título sucesorio que se crea. La evolución y su impacto, los analizaré posteriormente.
- (13) Que han ido mejorando notablemente con el paso de los distintos borradores y enmiendas.
- (14) Art. 4: «Los tribunales del Estado Miembro en el que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver la totalidad de la sucesión».
- (15) Aunque la propia Propuesta, en su Considerando 8 quinquies y en su art. 1.3, letra i), ha dejado claro que el Reglamento no se aplicará a todas aquellas cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de los trusts. Exclusión, no obstante, que no es general, pues puede ser que se constituya uno como consecuencia de la voluntad del causante —vía testamento— o por sucesión intestada.
- (16) «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado Miembro del foro».
- (17) Art. 22: «1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable al conjunto de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento.
2. Si, de forma excepcional, quedara claro a partir de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el difunto mantenía una vinculación manifiestamente más estrecha con un Estado distinto del Estado cuya ley se aplicaría de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado».
- (18) En el Reino Unido e Irlanda, se puede incluso llegar a contemplar hasta tres conceptos distintos de *domicile*: a) el de origen (*of origin*), ya sea el materno, el paterno o el del nacimiento; b) el de elección (*of choice*), es decir, aquel que se obtiene por personas capaces y mayores de edad que residen en un país con intención de permanecer de forma permanente, y c) domicilio de dependencia (*of dependancy*), para menores de edad.
- (19) En relación con la residencia habitual de un menor, hace hincapié en la escolarización o el conocimiento del idioma del lugar.
- (20) En otro ámbito, el art. 23 del Reglamento 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extrancontractuales (Roma II), y en su contexto, habla de que la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central, y el de una persona física, el lugar donde esté ejerciendo su actividad profesional y, por tanto, donde tenga su establecimiento principal dicha persona.
- (21) «En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando el difunto, por motivos profesionales o económicos, hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido una vinculación estrecha y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el difunto tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el difunto haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el difunto fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas».
- (22) Pues, en ese caso, estaríamos hablando de un fraude de ley.
- (23) A diferencia de la redacción anterior del mismo artículo, en la que «cada unidad territorial con Derecho Sucesorio propio será considerada como un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable». En este sentido, parece que se remite a nuestro art. 16 CC.
- (24) «2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que el difunto hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el difunto hubiera mantenido la vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras

disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

2 bis. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto del pacto sucesorio hubieran mantenido la vinculación más estrecha».

Art. 37: «Estados con más de un sistema jurídico —conflictos interpersonales de leyes.

Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante haya tenido la vinculación más estrecha».

Art. 38: «Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes.

Los Estados Miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesión no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente».

- (25) Así expresamente lo menciona el Considerando 52.
- (26) El modelo existente en Quebec es la llamada *lettre de vérification* (letter of verification), donde se expresa la cualidad de heredero, legatarios a título universal y liquidador. Solo puede hacerse uso del mismo en el extranjero y se formaliza por medio de Notario o Secretario Judicial. Su régimen se encuentra recogido en los arts. 892-896 del Código de Procedimiento Civil de Quebec.
- (27) Debe ser utilizado solo en las sucesiones transfronterizas, haciendo uso de los documentos nacionales para el resto de sucesiones.
- (28) Conforme a los arts. 63 y 69.
- (29) En cuyo caso ha de constar, siempre que no se adjunte el original o una copia, el lugar en el que se encuentra este.
- (30) ¿Qué se nos debe aportar, pues? Considero que, básicamente, será lo siguiente:
— Documentos del Registro Civil, Últimas Voluntades y del Registro de la Propiedad, entre otros, pudiendo exigir la práctica de notificaciones, edictos, anuncios y publicaciones.

— Y se podrá investigar y reclamar datos complementarios para la verificación y búsqueda de otros datos. Se podrá incluso llegar a citar a individuos, proceder a publicaciones... todo lo necesario para que sea eficaz, preciso y fiable el instrumento que se va a circular.

- (31) En este sentido, cabe recordar la existencia del sistema simple, en el que la delación y titularidad de los bienes se produce *ipso iure* (Alemania), frente al sistema complejo, donde la titularidad de los bienes se adquiere y requiere de varios actos (como es el caso español).
- (32) J. S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2013.
- (33) En este sentido se manifiestan los considerandos 21 y 22.
- (34) Ahora bien, no hace referencia a sanción alguna por un posible error.
- (35) También recoge la posibilidad de que se recurran las decisiones adoptadas por la autoridad expedidora y la suspensión de los efectos del certificado (art. 73).
- (36) Inspirado en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la Administración Internacional de Sucesiones; en los arts. 2365 y ss. del BGB alemán, y en el art. 730-4 y ss. del Código civil francés.
- (37) Redacción de la versión anterior a la aprobada por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2012: «1. El certificado sucesorio europeo **será reconocido de pleno derecho en todos los Estados Miembros como prueba de (1) la cualidad de los herederos y legatarios y de (2) los poderes de los ejecutores testamentarios o terceros administradores.**
2. Durante su período de validez, el certificado gozará en todos los Estados Miembros de la **presunción de veracidad**. Se dará por supuesto que la persona designada como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador **es titular del derecho sucesorio o de los poderes de administración indicados en el certificado y que no existen condiciones ni restricciones distintas de las que en él constan.**
3. Cualquier persona que pague o entregue bienes al titular de un certificado habilitado para realizar tales actos en virtud del certificado quedará liberado, a menos que tenga constancia de que el contenido del certificado no responde a la realidad.
4. Se considerará que cualquier persona que hubiera adquirido bienes sucesorios del titular de un certificado habilitado para disponer del bien en virtud de la lista anexa al certificado los ha adquirido de una persona que

tiene poder para disponer de ellos, a menos que tenga constancia de que el contenido del certificado no responde a la realidad.

5. El certificado constituirá **un título válido para la transcripción o la inscripción de la adquisición sucesoria en los registros públicos del Estado Miembro** en que estén situados los bienes. La transcripción se llevará a cabo según las modalidades establecidas por la ley del Estado Miembro bajo cuya autoridad se lleva el registro y producirá los efectos previstos por esta».

- (38) Principio claramente de corte germánico.
- (39) De hecho, este efecto liberatorio ha sido reconocido también por la STS de 17 de octubre de 1998, donde se prevé que existe racionabilidad de la legitimación aparente que justifica la liberación del deudor. Es la situación de apariencia lo que genera la creencia razonable de que el heredero lo es y que, por tanto, entrega la prestación o paga, y que lo hace bien.
- (40) M. I. ESPÍÑEIRA SOTO, «Despejando grises sobre la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones», en <http://notariosyregistradores.com>, 2010.
- (41) Se podría llegar a dar la paradoja de que, conforme al CSE, la protección dispensada fuera mayor (por tanto, tiene un mejor derecho) que si se hacía uso de los certificados nacionales. Y, en ese caso, incluso se podría llegar a discutir acerca de la derogación tácita del art. 28 LH, en favor del art. 42 del Reglamento. Evidentemente, esto no debería ser así, porque la finalidad del CSE y el nacional persiguen que todo heredero pueda demostrar su derecho de sucesión de forma general y aceptada por todos los Estados, no debiéndose distinguir entre los efectos de uno y otro.
- (42) Cambio cuyo alcance se verá en función de la interpretación que se haga del articulado cuando se aplique el Reglamento; aun así, los considerandos de la Propuesta parece que, una vez detectado el problema, han intentado darle una solución.
- (43) Exclusión, no obstante, que no se ha realizado en el articulado, sino mediante un considerando, lo cual es reseñable.
- (44) J. S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2013.
- (45) Condiciones, documentos y manera de inscribir.
- (46) Y, en especial, en referencia al art. 36 RH.
- (47) Mención que afecta de manera clara a los registros de la propiedad.
- (48) Dejando, pues, de lado la aceptación directa o la no inscripción como opciones viables.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde agosto hasta octubre de 2014

Redacción Wolters Kluwer

BANCA

La perpetuidad de las participaciones preferentes no es causa de nulidad de su comercialización

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 458/2014 de 8 de septiembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo,) LA LEY 139059/2014

RESUMEN: Acción de nulidad de la compra de participaciones preferentes de un banco islandés por error en el consentimiento. Desestimación. El elevado importe de la inversión realizada, la condición de la demandante como experta inversora en productos financieros de riesgo, y la circunstancia de haber realizado la contratación con la asistencia un asesor financiero propio, impiden admitir que hubiera formulado las órdenes de compra de las acciones preferentes sin conocer las características del producto y sus riesgos. El riesgo de insolvencia de la entidad emisora, que a la postre se actualizó y determinó la pérdida del capital invertido, no podía ser ignorado, y si lo fue, este error no resulta excusable, en atención a sus conocimientos y experiencia. La perpetuidad de las participaciones preferentes no es causa de nulidad de su comercialización por ser contraria al orden público. Pese a la prohibición jurisprudencial de perpetuidad de toda relación obligatoria, el régimen legalmente previsto para la emisión de participaciones preferentes, en el que destaca la perpetuidad, constituye una excepción a dicha prohibición, que impide pueda sancionarse su comercialización con la nulidad.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de la compra de participaciones preferentes de un banco islandés. El Tribunal Supremo desestima los recursos ex-

traordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por las demandantes.

COMPRAVENTA. DE PLAZA DE GARAJE

El TS fija doctrina sobre la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de elevar el contrato privado a escritura pública

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 303/2014 de 16 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 146172/2014

RESUMEN: Acción de resolución por incumplimiento de la obligación de elevar el contrato privado a escritura pública. Desestimación. De la interpretación del contrato se infiere que la exigencia formal no venía revestida del carácter esencial necesario para la validez o eficacia del mismo. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado, conforme a lo dispuesto por el art. 1280 CC, no es causa directa de resolución contractual al amparo del art. 1124 CC.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de contrato de compraventa de plaza de garaje formulada por el comprador. La AP Valladolid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, casa la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado.

COMPRAVENTA. DE FINCAS RÚSTICAS

Aplicación de la condición resolutoria pactada. Resolución extrajudicial mediante requerimiento notarial remitido por los vendedores por incumplir la compradora su obligación de pago del precio aplazado. Su eficacia deriva de lo pactado

Y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Sentencia suficientemente motivada. Explica las razones y fundamentos jurídicos del fallo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 322/2014 de 12 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 137017/2014

RESUMEN: Naturaleza recepticia del requerimiento resolutorio para que la contraparte pueda optar por el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato. La parte compradora optó por la resolución extrajudicial. No se opusieron a la realidad de su incumplimiento. Efectos restitutorios de la resolución.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de reclamación de cantidad ejercitada por la promotora y, estimando en parte la demanda reconvenional, condenó a aquélla a la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados de su incumplimiento y a devolver los bienes a los vendedores. La AP Valencia, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la actora y desestimando la impugnación, estima parcialmente la demanda principal y la reconvenional y fijó los efectos de la resolución extrajudicial del contrato de compraventa. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandados reconvinientes.

COMUNIDAD DE BIENES

División de un edificio en copropiedad mediante la constitución de un régimen de propiedad horizontal aceptado por todos los propietarios menos los declarados en rebeldía

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 583/2014 de 21 de octubre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 146744/2014

RESUMEN: División de un edificio en copropiedad mediante la constitución de un régimen de propiedad horizontal. Admisión de la propuesta de división aceptada por todos los propietarios personados. Ningún copropietario se opuso a la propuesta de división ya que, si bien algunos de ellos fueron declarados en rebeldía, esta no significa oposición, simplemente es una actitud pasiva que no implica aceptación, ni tampoco oposición. Admisión de las compensaciones en metálico. Aplicación de las normas conforme a la realidad social. Solución judicial acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de división de cosa común pero desestimaron la pretensión de que la división se efectuase según la propuesta presentada. El Tribunal

Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante, anula sentencia de apelación y estima la demanda declarando válida y eficaz la forma propuesta de practicar la división.

CONTRATO VITALICIO

Cesión de bienes con reserva de usufructo a cambio de alimentos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 491/2014 de 29 de septiembre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 140917/2014

RESUMEN: Estimación de la acción de nulidad relativa por simulación. Encubre una donación que se reduce por inoficiosa. La cedente cedió la nuda propiedad de determinadas acciones, reservándose su usufructo, y se fijó a cargo del cesionario la obligación de alimentos. Inexistencia de causa ilícita. No se ha probado su finalidad torticera. Pero sí encubre una donación disimulada. Concorre animus donandi. La cedente retribuye el afecto y dedicación de alguien cercano.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad por ilicitud de causa del contrato de cesión de bienes con reserva de usufructo a cambio de alimentos, renta vitalicia y usufructo celebrado por la causante. La AP Santa Cruz de Tenerife, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, desestima la acción de nulidad por ilicitud de causa del contrato de cesión de nuda propiedad con reserva de usufructo pero estima la acción subsidiaria declarando su nulidad relativa por simulación al encubrir una donación. Declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

CONTRATOS MERCANTILES

Validez de la cláusula "salvo buen fin" incluida en los contratos de administración y/o custodia de valores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 568/2014 de 8 de octubre (Ponente: Eduardo Baena Ruiz) LA LEY 140907/2014

RESUMEN: Validez de la cláusula "salvo buen fin" incluida en los contratos de administración y/o custodia de valores. Dicha cláusula ampara la retrocesión de la cantidad que el banco administrador y custodio abonó en la cuenta de un cliente por la amortización de los bonos de un banco islandés que dicho cliente había adquirido y que posteriormente fue anulada por la comisión liquidadora del banco islandés. Realización de la retrocesión con cargo a la cantidad que el cliente recibió por la amortización de los bonos y que invirtió en una imposición a plazo fijo, autorizando al banco a compensar los saldos deudores de sus cuentas con cargo a la imposición.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en la que se solicitaba que se declarase improcedente y no ajustada a Derecho tanto la retrocesión realizada por el banco demandado del abono de la amortización de los bonos suscritos por la demandante, como la unilateral cancelación anticipada por el banco de la imposición a plazo fijo en la que la demandante invirtió la cantidad recibida como amortización. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante.



DESAHUCIO POR PRECARIO

Procedencia del desahucio instado por la adjudicataria de la vivienda en una subasta impugnada en vía contencioso administrativa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 545/2014 de 1 de octubre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 137012/2014

RESUMEN: Demanda formulada por la propietaria de la vivienda, adjudicataria de la misma en la subasta practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social, que emitió certificado de adquisición. Estimación. El mencionado certificado es título suficiente para representar la adquisición de la propiedad, pese a estar recurrido el acto administrativo de adjudicación, al ser el mismo ejecutable y no estar suspendido cautelarmente por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que facultaba a la demandante para instar con éxito la demanda, sin que conste que el ocupante (demandado) ostente título legítimo para oponerse.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de desahucio por precario. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

DIVORCIO

Criterios para asignar el uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida de los hijos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 593/2014 de 24 de octubre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 149437/2014

RESUMEN: Guarda y custodia compartida. Criterios para asignar el uso de la vivienda familiar. Aplicación analógica del art. 96.2 CC que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio y, entre otras medidas, concedió a la esposa la custodia del hijo y les atribuyó el uso y disfrute del domicilio familiar. La AP Pontevedra revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de establecer la guarda y custodia compartida de ambos progenitores. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuestos por el esposo y casa la sentencia recurrida en el único sentido de fijar un límite temporal de dos años, desde su sentencia, en el uso de la vivienda familiar concedido a la esposa.

El TS fija doctrina sobre la autorización del cambio de residencia del progenitor extranjero que ostenta la custodia de los hijos menores

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 536/2014 de 20 de octubre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 144055/2014

RESUMEN: Guarda y custodia del hijo menor de edad. Atribución de la misma a la madre, de nacionalidad brasileña, autorizándola a fijar, junto con el hijo, su residencia en Brasil. Prevalencia del interés del menor. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial

la siguiente: el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia declaró disuelto por divorcio el matrimonio de los litigantes y, entre otras medidas, atribuyó la guarda y custodia del hijo menor a la madre, autorizando el traslado del menor a Brasil, en caso de que la madre regrese a éste, su país de origen. La AP Ciudad Real revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y atribuyó al padre la guarda y custodia del menor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la madre, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

El TS establece que la obligación de pagar alimentos a los hijos no se extingue por el ingreso en prisión del progenitor que debe prestarlos salvo que acredite la falta de ingresos o de recursos para satisfacerlos

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 564/2014 de 14 de octubre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 141924/2014

RESUMEN: Pensión de alimentos a los hijos menores. Solicitud de suspensión del pago de la pensión durante el tiempo en el que el padre estuvo en prisión. El TS fija la siguiente doctrina jurisprudencial: la obligación de pagar alimentos a los hijos no se extingue por el ingreso en prisión del progenitor que debe prestarlos salvo que acredite la falta de ingresos o de recursos para satisfacerlos.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de divorcio y, entre otras medidas, estableció una pensión de alimentos de 150 euros mensuales a favor de cada uno de los dos menores y con cargo al padre. La AP Jaén revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de suspender el devengo de la prestación alimenticia durante el ingreso del padre en prisión. El Tribunal Supremo estima el recurso formulado por la madre y casa la sentencia recurrida dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la suspensión del devengo de la prestación alimenticia.

La percepción de una pensión no contributiva por los hijos mayores de edad con minusvalías no extingue "per se" la pensión de alimentos establecida a su favor

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 547/2014 de 10 de octubre (Ponente: Eduardo Baena Ruiz) LA LEY 143848/2014

RESUMEN: Modificación de medidas. Reducción de la pensión compensatoria de la esposa y de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con minusvalías, en la misma proporción en la que el esposo y padre ha visto reducidos sus ingresos tras su jubilación. La percepción de una pensión no contributiva por los hijos podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión de alimentos en relación con las posibilidades del obligado, pero *per se* no puede conducir a una extinción de la pensión por tener el alimentista "ingresos propios". Ha de realizarse una ponderación en cada caso concreto a la hora de decidir sobre la obligación de prestar pensión de alimentos a los hijos con minusvalías y cuantificación en su caso, aun en los supuestos de que sean preceptores de pensiones no contributivas a causa de su minusvalía.



Sentencias

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso de divorcio y redujo la pensión compensatoria de la esposa y la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad en un 9%. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Bizkaia acordó la extinción de las pensiones de alimentos a favor de los hijos y la reducción del 22% de la pensión compensatoria. El Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación en el pronunciamiento relativo a la extinción de la pensión alimenticia y acuerda su reducción en un 22%.

El TS confirma la atribución de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios al excónyuge al que se adjudica el uso de la vivienda ganancial

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 508/2014 de 25 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 140058/2014

RESUMEN: Atribución de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios al excónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda ganancial. Nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde, en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 CC), que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación, sin perjuicio de que, de acuerdo con el art. 9 LPH, sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la comunidad de propietarios.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de divorcio y, entre otras medidas, atribuyeron a la esposa el uso de la vivienda familiar, imponiéndole los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios del inmueble. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la esposa.

HIPOTECA

No se produce cosa juzgada cuando se incoa un segundo proceso para subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario del anterior

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 522/2014 de 8 de octubre (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 149449/2014

RESUMEN: Demanda solicitando que se declare que la nulidad de la hipoteca constituida por la demandante en favor de un matrimonio, nulidad declarada en un proceso anterior, es también oponible frente al esposo no interviniente en aquel proceso y que se proceda a la inscripción registral de la primera sentencia y de la que se dicte en este procedimiento. Estimación. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos (art. 400 LEC). Relación con la cosa juzgada. No cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos. Pero no es eso lo que ocurre en el caso de autos sino que se trata de subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario existente en el anterior proceso por cuanto en aquél no figuró como demandado quien finalmente se ha entendido que debió serlo —así lo exigió el Registro de la Propiedad al denegar la cancelación de la hipoteca por entender que perjudicaba al esposo—.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la nulidad de la hipoteca declarada en un proceso anterior era oponible frente a quien no fue demandado

en dicho proceso y que se procediese a la inscripción registral de la primera sentencia y de la dictada en este procedimiento. La AP Guipúzkoa revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante, anula la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

MENORES

El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial sobre la declaración de la situación de desamparo de los menores que reciben asistencia de un guardador de hecho

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 582/2014 de 27 de octubre (Ponente: Eduardo Baena Ruiz) LA LEY 149443/2014

RESUMEN: Guarda de hecho de los abuelos paternos. Declaración de la situación de desamparo. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que «cuando un guardador de hecho presta a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de oposición a la resolución administrativa que declaró el desamparo de la hija de los demandantes, confirmó la declaración de desamparo pero dejó sin efecto el acogimiento residencial de la misma hasta que la Administración competente determinase el régimen de guarda definitivo más beneficioso para la menor. La AP Pontevedra revocó la declaración de desamparo de la menor y acordó que quedase sometida a la guarda de hecho de los abuelos paternos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia.

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El TS fija doctrina sobre la práctica de pruebas de determinación de edad a los inmigrantes en cuyo pasaporte consta su minoría de edad

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 453/2014 de 23 de septiembre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 140048/2014

RESUMEN: Revocación de la resolución que acordó el cese del ejercicio de las funciones tutelares de una joven guineana asumidas por los servicios autonómicos porque, de las pruebas médicas practicadas, se deducía que era mayor de edad, aunque en su pasaporte constaba su minoría de edad. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que



el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de oposición a la resolución por la que se cesaba el ejercicio de las funciones tutelares de una joven guineana asumidas por los servicios autonómicos. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima los recursos formulados por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Aplicación del plazo de prescripción de 15 años a la acción de resolución de compraventa de participaciones preferentes por incumplimiento contractual

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 461/2014 de 9 de septiembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 139058/2014

RESUMEN: Resolución del contrato por incumplimiento de la entidad financiera al invertir el capital de la demandante en un producto que no encajaba con lo que ésta quería y había pedido. Aplicación del plazo de prescripción de 15 años previsto en el art. 1964 CC para las acciones personales, no del plazo de caducidad de 4 años previsto en el art. 1301 CC para la acción de nulidad por vicios del consentimiento.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de nulidad que entendió había sido ejercitada al apreciar la excepción de prescripción de la misma, sujeta a un plazo de 4 años. La AP Bizkaia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda realmente ejercitada de resolución del contrato por incumplimiento contractual, sujeta al plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada.

PERMUTA. DE SOLAR POR OBRA FUTURA

El TS fija doctrina sobre la carga de la prueba del perjuicio por lucro cesante en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 290/2014 de 10 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno). LA LEY 143844/2014

RESUMEN: Acción de cumplimiento del contrato e indemnización por lucro cesante debido al retraso en la entrega de la vivienda. Inaplicación de la doctrina del daño derivado de la propia cosa (*ex re ipsa*). Falta de prueba de los extremos que justifican la pretensión indemnizatoria. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado, no procede otorgar el resarcimiento derivado por el lucro cesante (*lucrum cessans*) de forma automática, por aplicación de la doctrina del daño *ex re ipsa* (de la propia cosa), incumbiendo la carga de su realidad y alcance a la parte que lo reclame.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al cumplimiento

del contrato de permuta celebrado con los demandantes. La AP Granada revocó la sentencia del Juzgado en el sentido de estimar también la pretensión indemnizatoria contenida en la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

PRENDA

Facultades de la entidad gestora de inversión respecto de fondos de su cliente pignorados en garantía de una póliza de préstamo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 444/2014 de 3 de septiembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 137026/2014

RESUMEN: Constituida sobre un fondo de inversión, en garantía de un préstamo hipotecario concedido al titular del fondo. Reclamación de una indemnización de daños y perjuicios a la entidad gestora del fondo, también prestamista, por no haber atendido a las órdenes de venta y compra del cliente. Desestimación de la demanda. La negativa a acceder a aquellas órdenes de venta y de compra constituye el ejercicio de un derecho propio de la demandada, como acreedora pignorataria, sin que tal ejercicio pueda juzgarse como una actuación contraria a las exigencias que como gestora de fondos le imponía el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de reclamación de indemnización dirigida contra una entidad gestora de fondos de inversión por no atender las órdenes de compra y venta del cliente. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

No cabe declarar prescritos los intereses del préstamo hipotecario cubiertos por el precio en el que el banco se adjudicó la vivienda hipotecada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 501/2014 de 8 de octubre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 149438/2014

RESUMEN: Reclamación de la cantidad pendiente de pago tras la ejecución hipotecaria. Estimación de la demanda. El precio en el que el banco prestamista se adjudicó la vivienda hipotecada se imputa en primer lugar al pago de los intereses (art. 1173 CC) de modo que no cabe declarar prescritos dichos intereses porque éstos ya fueron pagados.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de la cantidad no cubierta por el tipo tenido en cuenta en la subasta de la finca hipotecada, adjudicada a la entidad prestamista. La AP Guipúzkoa revocó en parte la sentencia del Juzgado y declaró prescrito el crédito en cuanto a los intereses remuneratorios del préstamo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad prestamista y modifica la sentencia apelada en el único sentido de declarar que la suma objeto de condena es la que había determinado el Juzgado.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El TS vuelve a pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 464/2014 de 8 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 143790/2014

RESUMEN: Nulidad por abusiva de la cláusula suelo. Consideración de la misma como condición general de la contratación. Falta de transparencia. La entidad bancaria incumplió el deber de comprensibilidad real de la cláusula al no incluir en la oferta comercial y en la reglamentación contractual predispuesta, los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar el alcance jurídico de la misma, incluida dentro de una cláusula más amplia referida a la regulación del interés variable del préstamo, sin resalte o especificidad alguna. VOTO PARTICULAR.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, consideró abusivas las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario celebrados por los demandantes y declaró su nulidad pero no accedió a la petición de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las mismas. La AP Segovia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado.

PROCESO CAMBIARIO

El TS fija doctrina sobre el carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo que prevé la emisión de un pagaré en garantía de la devolución de aquél

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 466/2014 de 12 de septiembre (Ponente: Eduardo Baena Ruiz). LA LEY 141926/2014

RESUMEN: Reclamación del importe de un pagaré librado en garantía de la devolución de un préstamo. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: la condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquél, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria. VOTO PARTICULAR.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de oposición cambiaria formulada por los prestatarios y mandaron seguir adelante la ejecución. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por dichos prestatarios, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda de proceso cambiario.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre la diligencia en la conservación del terreno acotado del que procede la pieza de caza que colisiona con un vehículo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 455/2014 de 9 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 136066/2014

RESUMEN: Colisión de un vehículo con un gamo procedente de un coto con aprovechamiento para caza menor. Reclamación de indemnización al titular del coto. Desestimación. El Tribunal Supremo fija como doctrina casacional que la diligencia en la conservación del terreno acotado, establecida en la Disposición Adicional 9ª de la Ley 17/2005, sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial, debe ser la propia del aprovechamiento cinegético solicitado, debiendo existir conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de indemnización por la colisión del vehículo del demandante con un gamo procedente de un coto de caza. La AP Toledo revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

TRANSACCIÓN

La transmisión del objeto litigioso durante el proceso y su trascendencia en la legitimación de la demandante

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera núm. 450/2014 de 4 de septiembre (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 131205/2014

RESUMEN: Licitud de transacción alcanzada con uno solo de los codemandados, y de la renuncia de la demandante a seguir manteniendo en apelación algunas de las pretensiones formuladas en la demanda. Inexistencia de *mutatio libelli*. Esta conducta se enmarca en el poder de disposición de las partes sobre sus pretensiones y no supone un cambio de demanda contraria al art. 412 LEC. Transmisión del objeto litigioso durante el proceso: trascendencia en la legitimación del demandante. La resolución de los contratos de arrendamiento financiero de las plantas de superficie del edificio, acordada en la transacción entre la arrendataria (demandante) y la arrendadora (codemandada), tuvo como consecuencia la transmisión de esa parte del edificio a esta última en tanto se le restituyó la plena propiedad y posesión de la misma, resultando lícito el pacto en virtud del cual ambas partes acordaron que fuera la arrendataria (propietaria de las plantas sótano) quien continuara en la posición de parte demandante en la acción de reparación de los defectos constructivos de la totalidad del edificio ejercitada contra el vendedor.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba, como petición principal, la resolución de un contrato de compraventa de las plantas sótano de un edificio y de los contratos de arrendamiento financiero de las plantas de superficie de dicho edificio, y como pretensión subsidiaria, la condena a la vendedora a realizar las obras y trabajos necesarios para el uso y explotación industrial del edificio. La AP Illes Balears revocó la sentencia del Juzgado y estimó la pretensión subsidiaria, única mantenida en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada.



SUCESIÓN HEREDITARIA

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la Cautela Socini y las facultades del albacea

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 254/2014 de 3 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 137016/2014

RESUMEN: Legado de cantidad. Cautela Socini. Prohibición de intervención judicial en la herencia quedando privado, quien reclame, de cualquier derecho que el testador le hubiese legado, acrecentando su parte el caudal hereditario remanente. Carácter injustificado de la intervención judicial a raíz de la acción de remoción del albacea ejercitada por el legatario. Extinción del legado, válido ab initio, pero ineficaz ante el incumplimiento de la prohibición ordenada, lícitamente, por el testador. Actuación correcta del albacea contador partidor al no proceder al pago o entrega del legado. Des-

estimación de la acción de petición del mismo. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que la *cautela socini*, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 CE, de forma que no está sujeta a una interpretación restrictiva mas allá del marco legal de su respectiva configuración, e igualmente fija como doctrina jurisprudencial que el albacea, sin perjuicio de disposición contraria del testador, viene autorizado por las facultades derivadas de su cargo (art. 902.2ª y 3ª CC) para operar la ineficacia del legado de cantidad, y con ella el pago o entrega del mismo, cuando el legatario de forma injustificada o no ajustada a Derecho, vulnere la prohibición impuesta por el testador de provocar la intervención judicial de la herencia.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de petición de legado de cantidad. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los herederos, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Publicadas durante el segundo y el tercer trimestre de 2014

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

CAPACIDAD PARA TESTAR

La declaración del Notario autorizante sobre la capacidad de la otorgante constituye una presunción iuris tantum que debe destruirse mediante pruebas suficientemente convincentes. La declaración del personal médico que atendió a la testadora es de importancia para determinar su capacidad

Sentencia n.º 31/2014, de 8 de mayo (Ponente: M. Eugènia Alegret Burgués)

El interés de esta sentencia, más que en su doctrina, que no representa especial novedad, estriba en el repaso que realiza de la jurisprudencia del propio Tribunal sobre la materia y en qué puede considerarse como «pruebas suficientemente convincentes».

Se plantea la capacidad para testar de los progenitores de la actora. El padre otorgó testamento en 2004, con 81 años, dos años antes de sufrir «demencia inespecífica con alucinaciones visuales y trastorno conductual». La madre lo otorgó poco después, con 80 años, habiéndose acreditado que en dicha época presentaba «demencia vascular mixta con enfermedad de Alzheimer (g30) mixta MEC 24/30». En la prueba pericial, el Médico de cabecera de ambos testificó que en la época de otorgarse los testamentos «tenían patologías físicas, pero no psíquicas, y que el Alzheimer de la madre era incipiente, por lo

que en aquel momento sabían lo que querían, hallándose el límite de la capacidad en 24 sobre 30».

La actora y recurrente ante el TSJC sostiene la falta de capacidad de los testadores, con base en una supuesta nueva jurisprudencia del TSJC plasmada en las sentencias de 27 de septiembre de 2007 y de 17 de octubre de 2011, según la cual «cuando existe una duda sobre la capacidad del testador, no debe operar el principio del favor testamenti, que otorga presunción de validez a los testamentos hechos por personas no declaradas incapaces, al no acomodarse a la realidad social actual, en la que la esperanza de vida de las personas ha aumentado, pero también su vulnerabilidad y las enfermedades psíquicas asociadas, que pueden no ser advertidas con facilidad por personas no expertas, de modo que el juicio de capacidad del Notario no puede constituirse en garantía absoluta de que el testador tenía plena capacidad para el otorgamiento del acto».

El TSJC declara la validez del testamento, afirmando, por el contrario, que «no ha cambiado su jurisprudencia, sino que ha resuelto en cada pleito en función de las circunstancias fácticas del caso, que [...] no son coincidentes con las existentes en el presente supuesto, según el resumen de hechos probados». Así, en la STSJC de 27 de septiembre de 2007, citada por la recurrente, se examinaba si una persona incapacitada otorgó un testamento en un intervalo lúcido, y, por lo tanto, no considera aplicables los criterios mantenidos en ella al caso actual. Como ya dijera el ATSJC de 29 de marzo de 2012, en dicha sentencia «se descontextualizan, dándoles un significado que no tienen, ciertas expresiones de la sentencia que en la misma son meras referencias doctrinales», tales como «no han de existir dudas del hecho de que no inciden perturbaciones que limiten o eliminen la claridad de

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>.



juicio o la libertad de decisión» o «es también doctrina reconocida la que para disponer mortis causa es necesario un mayor grado de conciencia que para la realización de negocios inter vivos».

La sentencia que comentamos declara que «por el contrario, esta Sala [...] había aplicado, en la STSJC 7/1990, de 21 de junio, [...] el criterio favorable a la capacidad para testar que se deriva del principio del favor testamenti, [...] lo que corroboró la STSJC 4/2000, de 28 de febrero, conforme a la cual debe presumirse, con el carácter de presunción iuris tantum, que toda persona goza de capacidad mientras no se demuestre de forma inequívoca y concluyente lo contrario, y la aseveración notarial respecto a la capacidad del testador constituye una prueba enérgica de esta capacidad». El mismo criterio siguen, según el TSJC, las SSTSJC 17/1999, de 1 de julio, y 24/2000, de 13 de noviembre. «En la misma línea, la STSJC 5/2002, de 4 de febrero, [...] [precisó], en su FJ 3.º, el valor que debe atribuirse a la aseveración notarial sobre capacidad del testador, aunque el criterio del Notario autorizante de la disposición testamentaria no constituye una prueba absoluta de la capacidad del testador, sino un juicio de valor revestido de la autoridad de la persona que lo formula [...]; en el FJ 4.º se señala que la capacidad del testador es la regla y la excepción, la incapacidad». La STSJC 18/2004, de 24 de mayo, aplica esta «presunción general de capacidad del testador» incluso a un testamento holografo. «También en la STSJC 32/2006 —dice la que comentamos— se recuerda, en su FJ 8.º, que el principio rector aplicable es el de la conservación del testamento (favor testamenti), con cita de jurisprudencia de la Sala en que, de conformidad con la tradición jurídica catalana, existe una convicción social de reducir al mínimo esencial la exigencia de las formalidades testamentarias y que la configuración del sistema testamentario en Cataluña se ha caracterizado por una clara tendencia y efecto de simplificación de las formalidades y de sobriedad de las formas».

El TSJC reconoce también que en otras sentencias ha declarado la incapacidad del testador con base en las pruebas practicadas, pero sin contradecir la anterior doctrina. Cita especialmente la STSJC 45/2011, de 17 de octubre, alegada por la recurrente, que hizo prevalecer la declaración del Médico de cabecera de la testadora sobre las declaraciones contradictorias de los testigos, «informando que le había hecho un test mental con un resultado de 10 puntos, cuando, por debajo de los 24, ya se podía hablar de deterioro cognitivo». Según el Tribunal, «esta sentencia y también otras, como la STSJC 26-1-2009 (FJ 4.º) o la STSJC n.º 32/2006, de 4-9-2006, ponen de relieve la importancia de la declaración del personal médico que hubiese atendido al causante en su última enfermedad, incluso la del Notario autorizante, o aun la simplicidad o complejidad del testamento, para valorar el grado de discernimiento necesario para otorgarlo».

Por lo tanto, el TSJC concluye «que la declaración del Notario autorizante sobre la capacidad del otorgante constituye una presunción iuris tantum que debe destruirse mediante pruebas suficientemente convincentes».

Finalmente, se aborda una solicitud de la recurrente de que «este Tribunal cambie la doctrina que ha seguido hasta la fecha en relación con el art. 104 del CS para establecer que, cuando el testador tenga más de 80 años o la edad que estime conveniente el Tribunal y/o sufra algún tipo de enfermedad física o psíquica que le impida autogobernarse o efectuar los actos de la vida cotidiana de forma independiente, se presuma su falta de capacidad para realizar actos de disposición mortis causa, y que dicha presunción solo pueda desvirtuarse por el dictamen emitido por dos facultativos con carácter previo al otorgamiento notarial». El TSJC no solo alega que dicho criterio sería contrario a la legalidad, sino que «es significativo

que el legislador catalán, en el nuevo artículo 421-9 del CCCat, [...] no haya avanzado en la línea del anterior artículo 116 del CS, que no distinguía entre personas incapacitadas o capacitadas cuando permitía que las personas que tuviesen habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa pudiesen testar, siempre que dos facultativos certificasen que el testador tenía, en aquel momento, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Al contrario, como tuvimos ocasión de analizar en la reciente STSJC 25/2014, de 7 de abril, el actual 421-9 distingue, a los efectos de la intervención de facultativos en el testamento notarial, los casos en que el testador se halle o no incapacitado judicialmente».

Comparto el criterio de esta sentencia, aunque no del todo su afirmación de que ha habido una total uniformidad en la jurisprudencia del TSJC sobre la capacidad para testar. Es cierto que los principios generales de presunción *iuris tantum* del juicio notarial de capacidad y de la necesidad de atender a las particularidades de cada caso son criterios que se han mantenido por parte del TSJC, pero ello no ha obstado a que haya habido cierta divergencia en los argumentos para desvirtuar el juicio de capacidad. Además de las que cita esta sentencia, me gustaría destacar la STSJC 30/2007, de 27 de septiembre, en la que exige para testar «un mayor grado de conciencia que para la realización de negocios jurídicos inter vivos»; en esta sentencia, se anuló un testamento por falta de capacidad con base en un dictamen elaborado con posterioridad a la defunción de la testadora y por un médico distinto del que la había tratado al tiempo de otorgarse el testamento.

Me gustaría advertir que el juicio notarial de capacidad no es la única presunción *iuris tantum* a favor de la validez del testamento, aunque sí la de más peso. La propia sentencia cita otras dos presunciones: la *favor testamenti* (es preferible conservar el testamento con defectos no esenciales a la falta de testamento) y la de capacidad natural (todos somos capaces mientras no se demuestre lo contrario). Se trata, por lo tanto, no de una, sino de tres presunciones a favor de la capacidad para testar que deberían elevar notablemente la exigencia de la prueba para desvirtuarla.

En este sentido, con independencia de la uniformidad o no de la jurisprudencia sobre la materia, creo que la sentencia que comentamos podría y debería servir para establecer un criterio sobre las exigencias para desvirtuar las tres presunciones legales citadas. Aunque no se puede fijar un criterio con carácter general para todos los supuestos, creo que solo en casos excepcionales debería admitirse como prueba el dictamen pericial de quienes no habían tratado médicamente al testador al tiempo de otorgarse el testamento. Entiendo que, en las afirmaciones de esta sentencia (que he recogido con la mayor literalidad posible), hay base suficiente para establecer este criterio. Y si el Notario autorizante solicita, en los casos que considere oportunos, la colaboración del personal médico que atiende al testador (a través de su comparecencia en el otorgamiento o mediante la incorporación de un certificado que afirme su capacidad para tomar decisiones sobre su persona y bienes), ello nos llevaría a una disminución notable de la inseguridad jurídica y de la litigiosidad sobre la materia, para todos deseable.

POTESTAD PARENTAL

Se admite la disposición de los bienes de los menores sin la autorización judicial cuando la filiación está determinada solo respecto de uno de los progenitores o cuando solo existen parientes en una de las líneas, si concurre el

consentimiento de los dos parientes más próximos del progenitor o de la línea en la que existan parientes

Sentencia n.º 45/2014, de 7 de julio (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

En 2010 se otorgó una escritura de venta de una finca de la que era nudo propietario un menor y usufructuaria su madre. La representación legal del menor la ejerció su madre, único progenitor, cuya filiación está determinada con el consentimiento de la abuela del menor, el pariente más próximo a los efectos del art. 153.2.b) del Código de Familia (CF). Posteriormente, un tío del menor prestó también su consentimiento. La Registradora de la Propiedad suspendió la inscripción por considerar insuficiente el consentimiento prestado únicamente por los parientes más próximos de la línea materna. Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la DGDEJ confirmó la nota de calificación en Resolución de 30 de marzo de 2011 (comentada por mí mismo en *La Notaria*, n.º 2/2011, pág. 131, y también n.º 4/2011-1/2012, pág. 189). El Notario formuló demanda, que fue desestimada en primera instancia pero estimada en apelación.

La DGDEJ recurre la sentencia de la AP ante el TSJC y este admite dos motivos del recurso de casación. El primero de ellos se basa en que, a juicio de la DG, la autorización del pariente más próximo de cada rama no puede ser sustituida por la de los parientes de la única rama existente, pues ello hace disminuir sensiblemente la protección del interés del menor. El segundo, en la incorrecta aplicación de la interpretación analógica hecha por la sentencia de apelación: a) por falta de identidad de razón, ya que el legislador ha sido constante en las sucesivas normativas en relación con la exigencia de las dos ramas, y b) por tratarse de una norma prohibitiva (la venta de inmuebles por menores), por lo que sus excepciones deben interpretarse restrictivamente.

EL TSJC confirma la sentencia de apelación. El primer motivo de casación citado lo rebate por entender que la autorización parental no debe conceptuarse «como una autorización excepcional a la autorización judicial, sino como un expediente alternativo para poder llevar a cabo actos de enajenación y gravamen válidos (cfr. art. 154 CF, que establece la anulabilidad como consecuencia de la falta de autorización, sea judicial o de los parientes)». Añade que el CF únicamente contempla la exigencia del consentimiento de los dos parientes más próximos, mientras que el requisito de que cada uno de estos pertenezca a cada línea o rama «es, precisamente, por razón de la remisión a la regulación sucesoria (antiguo art. 149 CS y 424-6 CCCat)». También aduce que «el interés superior del menor [...] no justifica a priori que las familias monoparentales no puedan utilizar el mecanismo de las autorizaciones alternativas [...], porque la protección de la familia descansa y parte de la heterogeneidad del hecho familiar. Así, no se puede admitir —como alegaba la DG— que en una familia con dos líneas existan necesariamente más antagonismos y más posibilidades de control que en las familias monoparentales, por cuanto la solución legal es la llamada a prestar el consentimiento a los dos parientes más próximos del hijo o hija, de manera que estos eventuales antagonismos y mecanismos de control se podrían plantear también dentro de la única línea familiar existente».

En relación con el segundo motivo de casación citado, esto es, el relativo a la analogía, recuerda que, como ya declaró en la STSJC de 17 de septiembre de 2009 (así como el TS en las SSTS de 13 de junio de 2003 y de 30 de junio de 2009, entre otras), «la analogía no solo requiere la existencia de una laguna legal, sino también que, entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, exista una igualdad o similitud jurídica esencial. Y esta similitud solo concurre cuando en el concreto supuesto de

hecho no regulado se pueden apreciar los elementos en los que descansa la previsión normativa del regulado». Doctrina que considera no infringida en el caso presente, pues el legislador solo se ha planteado el supuesto en que existan dos ramas familiares, «pero no prevé la respuesta que se debe dar en caso de que se trate de una familia monoparental. Por lo tanto, no nos encontramos en un supuesto en que el legislador haya querido impedir o prohibir a las familias monoparentales la autorización alternativa por parte de los parientes [...], sino que constituye una hipótesis no contemplada de forma involuntaria por el legislador catalán».

También entiende que existe una similitud jurídica esencial entre los casos de las familias que disponen de dos ramas y las monoparentales que desean sustituir la autorización judicial por el consentimiento de los parientes más próximos, pues «en ambos casos se trata de familias que merecen idéntica protección legal [...]. Añadir también que el mismo vacío normativo se puede producir cuando una familia presenta una de sus ramas familiares sin parientes más cercanos, ya que, en este caso, tampoco resulta posible exigir el consentimiento a un pariente de cada una de las ramas».

Finalmente, examina «si existe o no la misma razón de ser para poder aplicar la norma (art. 153.2 CF) al supuesto similar (cfr. art. 4.1 CC y art. 111-2.1 CCCat), pero que no queda incluido en el supuesto de hecho de la norma». Como ya ha quedado dicho, «el consentimiento de los dos parientes actúa, en interés del menor, como mecanismo o expediente de control del acto de enajenación. Y, por lo tanto, cuando las dos líneas familiares no existen (familias monoparentales) o bien no existen parientes en una de las líneas, existe la misma razón para aplicar la norma e integrar esta laguna legal, entendiéndose que, en estos casos, los dos parientes más próximos deben serlo de la única línea existente o de la línea en la que existen parientes».

Ante todo, felicito al Notario autorizante por haber conseguido la plena eficacia de un acto jurídico que no solo consideraba ajustado a Derecho, sino también justo y favorable al interés del menor. *A priori*, y de acuerdo con la relación de hechos recogida en la resolución, había un relevante elemento de sospecha, al haberse celebrado la venta catorce días antes de la mayoría de edad y sin la posterior ratificación del ya mayor de edad, que habría puesto fin a cualquier defecto de representación. Lo cierto, sin embargo (como supe a través del Notario autorizante a raíz de la publicación de la resolución), es que el menor de edad sufría una disminución psíquica muy importante que disipaba cualquier sospecha en dicho sentido.

No obstante, no comparto totalmente la argumentación de la sentencia, aunque sí su resolución. El que el art. 153.2 CF —como actualmente el art. 236-30.b) CCCat— hable de «autorización alternativa» a la judicial no me parece argumento suficiente para rebatir la interpretación restrictiva que propugna la DG con base en su carácter excepcional en relación con la norma general de prohibición. En mi opinión, un argumento de más peso sería que no existe una norma general prohibitiva, sino solamente una serie de actos para los que los progenitores requieren una autorización adicional, judicial o de los parientes, como resulta del art. 236-27.1, que no prohíbe a los progenitores, sino que habla de «actos que requieren autorización judicial» (quizás, incluso, la interpretación restrictiva debería ser a la inversa, respecto de los actos que requieren autorización judicial). En todo caso, creo que las facultades de los progenitores no deben ser objeto de interpretación restrictiva por su excepcionalidad.

Por otra parte, el TSJC parece dar, en este caso, mayor rango o importancia a una norma de Derecho de Familia (art. 153.2 en rela-



ción con el 138.2 CF) que se refiere a «*los dos parientes más próximos del hijo o hija*» que a la norma sucesoria que establece cómo se determinan tales parientes. No obstante, al ser el propio art. 138.2 CF el que se remite al precepto sucesorio (antiguo art. 149 CS y actual art. 424-6 CCCat), me parece discutible dicho criterio.

En cambio, sí que creo adecuada la consideración de que el legislador no ha tenido en cuenta el presente supuesto de hecho de familia monoparental, como tampoco el de que no existan parientes en una de las líneas, ni el de que el pariente más cercano esté incapacitado o imposibilitado para consentir. En todos estos supuestos, la laguna legal debe colmarse mediante una interpretación teleológica de la norma jurídica para deducir si les es aplicable el sistema de la autorización

alternativa. En mi opinión, la analogía no es la institución adecuada para ello, pues requeriría que, en un supuesto con identidad de razón al que contemplamos, la ley considerara suficiente el consentimiento de los dos parientes más próximos de una sola de las líneas. Creo que, en su lugar, debe acudir a la equidad, reconocida por el art. 111-9 CCCat, que intenta evitar las situaciones injustas a que puede dar lugar la interpretación literal de las normas jurídicas y que permite a los Tribunales de Justicia aplicar el espíritu de la ley a supuestos no contemplados por las normas, espíritu que podría basarse en los principios de no discriminación respecto de las familias monoparentales (art. 231-1) e igualdad de efectos civiles de las diferentes clases de filiación (art. 235-2.1).

Fechadas desde junio hasta noviembre de 2014

Redacción Wolters Kluwer

ARBITRAJE

Estimación de demanda de anulación de laudo arbitral en materia de transporte terrestre

Sentencia TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 40/2014 de 16 de junio (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 90105/2014

RESUMEN: Anulación de laudo dictado por Junta Arbitral de Transportes por vulneración del orden público. Motivos tasados de anulación de los laudos arbitrales, limitados a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje o de las garantías esenciales de procedimiento, sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso. La finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Designación del árbitro. Tratándose de un arbitraje de transporte debe seguirse el trámite preciso ante las Juntas arbitrales de transporte. Distinción entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales. Pese a la gran flexibilidad y de la ausencia de formalidades especiales del procedimiento arbitral, ello no impide exigir la observancia de unos trámites mínimos sustraídos tanto a la autonomía de las partes como de los árbitros, para garantizar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva y, en todo caso, el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Prueba de la ausencia de respeto del principio de contradicción y de igualdad de armas entre las partes, al omitirse el traslado del escrito presentado por la actora con el que aportaba nuevas pruebas. No se trata de un mero defecto de carácter

formal sin trascendencia real para el derecho de defensa, sino que supone indefensión para la parte contraria.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima la demanda de anulación de laudo arbitral en materia de transporte terrestre por vulneración del orden público, al infringir normas del procedimiento que han ocasionado indefensión a la parte impugnante.

ARBITRAJE PRIVADO

Anulación del laudo arbitral dictado Junta Arbitral del Transporte. Suficiente motivación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 53/2014 de 24 de julio (Ponente: Carlos Ramos Rubio) LA LEY 126068/2014

RESUMEN: No es necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes. El laudo se fundó en dos razonamientos esenciales, la suficiente acreditación de haber ejecutado el demandante arbitral todos los transportes cuyo importe reclamaba, y las entregas de las mercancías a sus destinatarios finales sin incidencia alguna; sin que la parte demandada lograra desvirtuarlo. No existe réplica en el procedimiento arbitral. El derecho a la tutela judicial efectiva no puede amparar una permanente e inacabable sucesión de réplicas sin respeto a la preclusión del trámite. La falta de traslado de las alegaciones de la contraria, no impidió a la parte impugnante hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña desestima la demanda de anulación de laudo dictado por la Junta Arbitral del Transporte.

Desestimación de la acción de anulación del laudo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 52/2014 de 17 de julio (Ponente: Enrique Anglada Fors) LA LEY 126063/2014

RESUMEN: Desestimación de la acción de anulación del laudo arbitral que, a su vez, desestimó la demanda de reclamación de honorarios formulada por letrado demandante, por considerar abusiva la cláusula contractual que fijaba dichos honorarios. Inexistencia de incongruencia *extra petita* del laudo ya que este guarda la necesaria congruencia, por un lado, con el convenio arbitral, y por otro, con las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral. En todo caso, la condición del demandante como profesional y la del demandado como consumidor, así como las razones argüidas por el árbitro para declarar la nulidad de la cláusula legitimaban la actuación de oficio del árbitro. Inexistencia de indefensión del demandante que tuvo la efectiva oportunidad de hacer valer sus derechos.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña desestima la demanda de anulación de laudo arbitral.

Impugnación del laudo. Desestimación. Cuestión relativa a honorarios de letrado

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 49/2014 de 14 de julio (Ponente: Carlos Ramos Rubio) LA LEY 126062/2014

RESUMEN: La alegada abusividad de la cláusula por la que se establecía un mínimo a los honorarios y el hecho de que la misma infringiera las normas colegiales fueron objeto del procedimiento arbitral. No existió indefensión efectiva derivada directamente de la resolución del árbitro, al ser aquella imputable a su falta de diligencia de la parte que lo alega. La falta de proposición de la prueba solo resulta imputable a quien lo impugna, y en cualquier caso, no hubiera servido para enervar la declaración final del árbitro. Queda vetado a las partes que por la vía del procedimiento de anulación puedan volver sobre la controversia ya resuelta por los árbitros, estando limitada la impugnación a cuestiones relativas a la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales del procedimiento arbitral.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña desestima la demanda de anulación del Laudo arbitral.

DIVORCIO

Improcedencia de compensación económica

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 51/2014 de 17 de julio (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 126065/2014

RESUMEN: No basta con que uno de los cónyuges haya trabajado para el hogar o en el negocio del otro, sino que es presupuesto de la compensación que en el momento del cese de la convivencia conyugal los excedentes económicos fruto del trabajo de ambos o de la distribución de tareas para el sostenimiento de la familia, solo hayan revertido en uno de ellos o hayan revertido en uno de ellos en mayor medida respecto del otro, lo que no acontece. Los inmuebles obtenidos a cambio del solar privativo procedente de la familia del esposo no pueden ser computados para establecer el desequilibrio económico en relación con los bienes de la esposa, porque aquella adquisición no supone capitalización del esfuerzo de ninguno de los cónyuges sino que es el resultado de un intercambio de bienes en el mercado inmobiliario del todo ajeno al matrimonio.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña acoge el recurso para dejar sin efecto la compensación económica reconocida a la esposa en sentencia de divorcio.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Impugnación de acuerdos comunitarios. Estimación parcial de la demanda

Sentencia TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 39/2014 de 5 de junio (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 94391/2014

RESUMEN: Instalación de una puerta que cierra el pasillo comunitario (elemento común) que da acceso solo a la vivienda del demandante. Consentimiento tácito de la comunidad de propietarios dado el largo tiempo transcurrido (27 años) y que ha consentido a otros propietarios obras análogas de cerramientos. Construcción en el patio comunitario de una caseta donde se encuentran los mecanismos para la calefacción de gas propano de la vivienda del demandante. En este caso, la obra no puede equipararse a ninguna otra de las realizadas en el edificio ni el tiempo transcurrido puede interpretarse como consentimiento tácito, al constar una actitud renuente expresa de la comunidad. INCONGRUENCIA. Incurrió en ella la sentencia de apelación al estimar parcialmente la reconvencción de la comunidad de propietarios, extralimitándose subjetivamente en cuanto condenó a la entrega de llaves de las puertas a todos los propietarios.

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima parcialmente el recurso de casación y revoca en parte la sentencia impugnada, en el sentido de estimar parcialmente tanto la demanda de impugnación de acuerdos comunitarios como la reconvencción formulada por la comunidad de propietarios.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles^(*)

Publicadas en el segundo semestre de 2014

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: BIENES Y DERECHOS DE AGUAS

Resolución de 4 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10128)

Admite la inmatriculación de una finca que, según el título y el Catastro, linda con una rambla titularidad de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de previa declaración administrativa de no invasión del dominio público hidráulico. No existe un previo deslinde administrativo que acredite tal extremo. Aunque la finca lindase con un barranco que tuviera la consideración de cauce integrante del dominio público, la notificación a la Administración actuante no es obligación impuesta al Notario, sino al Registrador (artículo 38 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas), en clara diferencia respecto de lo previsto en los artículos 15 de la Ley de Costas y 22 de la Ley de Montes.

Por otro lado, la Dirección considera que el certificado catastral incorporado está vigente, por no haber transcurrido el plazo del artículo

84 del Texto Refundido de la Ley del Catastro: un año desde la expedición de la certificación (siempre que, durante ese plazo, no se produzcan modificaciones en las circunstancias determinantes de su contenido).

CONCENTRACIÓN PARCELARIA

Resolución de 20 de noviembre de 2014 (BOE 300, 12-XII-14: 12940)

Aplica la regla de la disposición adicional segunda del Reglamento de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según la cual, en materia de concentración parcelaria, para inscribir a nombre de la Administración del Estado fincas de reemplazo de otras carentes de titular, bastará el acuerdo de incorporación al patrimonio estatal dictado por el Delegado Provincial de Economía y Hacienda, siempre que hayan pasado cinco años y no haya obstáculo en cuanto a la identificación y el estado posesorio de la finca.

En el caso resuelto, el Registrador había denegado la inscripción del acuerdo del Delegado Provincial por aparecer la finca catastrada a nombre de un particular y entender que existe un poseedor en concepto de dueño y, por tanto, que lo procedente hubiera sido acudir a la jurisdicción civil (artículo 17-4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). La Dirección revoca la calificación y admite la inscripción a nombre del Estado, porque, si bien en general el Registrador es competente para calificar los trámites esenciales del procedimiento administrativo, cuando la Ley concede a la Administración un cierto margen de apreciación, no cabe su fiscalización. El Registrador no puede, sobre la base de las alegaciones del interesado, tener por incumplido un trámite ni contradecir la decisión de la propia Administración.

^(*) En el BOE del 26 de noviembre se incluyen varias resoluciones dictadas conforme a lo dispuesto en el artículo 327 LH, cuyo objeto es publicar sentencias anulatorias de anteriores resoluciones de la DGRN. No las incluyo todas en este resumen. En particular, excluyo las sentencias que decretan la anulación de resoluciones anteriores a 2006 (año de comienzo de la elaboración de los presentes resúmenes) y las que ventilan cuestiones ajenas al fondo de la resolución (como, por ejemplo, la imposición de costas procesales causadas en instancias judiciales anteriores o las cuestiones de mero procedimiento).

COSTAS

Resolución de 9 de mayo de 2008 (BOE 135, 4-VI-08: 9648)

No puede inscribirse una construcción en zona de servidumbre de protección sin la preceptiva autorización de la Comunidad Autónoma (artículo 49-6 del Reglamento de Costas). El Registrador no es competente para interpretar si la anchura de tal zona de servidumbre es la contemplada en el actual Plan General de Ordenación Urbana o si es la impuesta por un nuevo expediente en tramitación que no debería afectar a las licencias ya concedidas (cuestión que deberá dirimirse en vía administrativa o contenciosa).

Declarada nula esta Resolución por la Sentencia de 14 de junio de 2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, publicada mediante **Resolución de 5 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12266).

ENTIDADES LOCALES

Resolución de 6 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10134)

Admite la inscripción de la cesión de un crédito municipal garantizado con hipoteca, sin necesidad de observar los requisitos y las cautelas adoptadas en la normativa sobre bienes de las corporaciones locales (subasta pública para las enajenaciones, salvo excepciones legales).

La cesión del crédito hipotecario comprende la de un derecho personal y la de un derecho real, siendo el segundo accesorio del primero, por lo cual, más que ante la enajenación de un activo del Ayuntamiento, estamos ante el pago de una cantidad que se le debe, lo cual implica la subrogación en la hipoteca (artículo 1212 CC), de modo que se deben considerar prevalentes, en virtud del principio de accesividad, las normas propias del pago.

MONTES

Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10122)

Deniega la inmatriculación de una finca rústica que linda con un monte del Ayuntamiento, por existir informe desfavorable de la Comunidad Autónoma, que se opone a la inmatriculación al entender que afecta a un monte público municipal; todo ello en aplicación del artículo 22 de la Ley de Montes de 2003, que exige informe favorable para inmatricular un monte o una finca colindante con monte demanial o ubicado en término municipal en que existan montes demaniales.

Resolución de 11 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10149)

Admite la inscripción de una transmisión de fincas rústicas en Aragón, notificada a la Comunidad Autónoma por las partes, a los efectos del artículo 53 de la Ley 15/2006, de montes de Aragón, que establece un derecho de adquisición preferente a favor de la Administración en caso de transmisión de montes protectores o de más de 200 hectáreas, que, aunque obligatorio para las partes, Notario y Registrador, no cierra el Registro, pues se configura como tanteo previo a la transmisión o como retracto posterior a la misma e incluso a la inscripción. Donde sí se establece el cierre registral es en el artículo 55, que exige informe administrativo favorable para las inmatriculaciones o excesos de cabida referidos a finca colindante con monte demanial o ubicada

en término municipal donde existan montes demaniales. En el caso resuelto, la Administración contesta a la notificación informando desfavorablemente a la inscripción, por entender que las fincas afectan a una vía pecuaria. Sin embargo, la Ley 10/2005, de vías pecuarias de Aragón, concede facultades de autotutela a la Administración en defensa de sus vías (pudiendo incluso instar su inscripción), pero siempre mediante un expediente administrativo con audiencia del interesado. En definitiva, no puede cerrarse el Registro a una solicitud de inscripción cuando el supuesto de hecho es distinto al contemplado por la norma que establece el cierre.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 7 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10135)

Deniega la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores, que se ordena en auto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas resultantes de la anotación preferente, por encontrarse esta caducada al tiempo de presentarse el mandamiento.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (cuatro años, ex artículo 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, los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento del artículo 175 RH, el cual solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

Resolución de 16 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10275); Resolución de 17 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10276)

Por los mismos argumentos que la Resolución anterior, deniega la anotación de sendas prórrogas de embargos judiciales, por hallarse estos ya caducados en el momento de la presentación del documento.

Resolución de 1 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11093)

Admite la prórroga de una anotación preventiva de embargo ordenada en un procedimiento de ejecución ordinario, aunque no se haya hecho constar en el Registro la cesión del crédito del acreedor inicialmente embargante a favor de la nueva titular.

Con la anotación preventiva de embargo, lo que accede al Registro no es el crédito, sino el embargo mismo como medida cautelar que tiende a preservar el buen fin de la ejecución, de modo que la anotación de embargo no es constitutiva ni supone afectación de un bien a un crédito. Por ello, corresponde al Juez apreciar la sucesión procesal del demandante. Esta es una diferencia sustancial con el procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados, que solo cabe como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan reflejado en el asiento (artículo 130 LH).

Resolución de 23 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12217)

Admite la nota marginal que hace constar la subrogación por pago en los derechos del titular de una anotación preventiva de embargo, acordada por mandamiento judicial, pese a no constar inscrito el derecho del tercero que paga (quien había adquirido al deudor la



finca embargada). Se trata del pago efectuado por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, en el cual se presume la existencia de subrogación por determinación legal (artículo 1210 CC), por lo que no hay inconveniente en hacer constar por nota el cambio de titular de la anotación de embargo, que no es constitutiva ni supone la afección de un bien al pago de un crédito, sino que solo publica su afección al resultado del procedimiento de ejecución.

No hay que confundir la subrogación por pago con la facultad que el artículo 659-3 LEC reconoce solo al titular de derechos inscritos de subrogarse en los derechos del actor, hasta donde alcance el importe satisfecho y dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro. Se trata de un supuesto específico de subrogación de carácter forzoso para el ejecutante distinto de la subrogación legal del artículo 1210 CC.

Resolución de 4 de noviembre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12512)

Recuerda la doctrina consolidada sobre caducidad de las anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC 2000. A ellas se refiere la Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH (tácitamente derogado tras la nueva LEC): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que, por analogía con el artículo 157 LH, solo podrá pedirse la cancelación a los seis 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 esta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros.

CANCELACIÓN DE ASIENTOS

Resolución de 23 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12218)

En su día accedieron al Registro, por este orden: una permuta de finca por obra futura; la hipoteca de la finca por el cesionario a favor de Caixa Galicia; la demanda de incumplimiento por el cedente; la adjudicación en ejecución hipotecaria a favor de la entidad de crédito con cancelación de la anotación preventiva de la citada demanda de incumplimiento, y la cesión de la finca a la SAREB, actual titular registral. Ahora se presenta el mandamiento judicial que declara la resolución de la permuta, ordenando la reinscripción a favor del demandante y la cancelación del asiento a favor del actual titular registral. La Dirección deniega la cancelación de la inscripción a nombre de la actual titular, por no haber sido demandado ni emplazado en juicio. Será necesario: o bien su consentimiento expreso formalizado en escritura pública, o bien resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (artículo 40-d LH).

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 5 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10144)

Deniega la inscripción de un auto del Juez concursal por el que se aprueba el plan de liquidación que acuerda la cancelación de todas las cargas anteriores o posteriores a la declaración de concurso, ya se trate de acreedores sin privilegio especial (existen dos embargos) o con privilegio especial (existen dos hipotecas).

En cuanto a las anotaciones de embargo, para su cancelación, el mandamiento debería determinar que se ha dado audiencia a sus titulares, exigencia que, existiendo un plan de liquidación aprobado, la Dirección entiende sustituida por la notificación.

En cuanto a la cancelación de las hipotecas, aun existiendo plan de liquidación (STS de 23 de julio de 2013), el artículo 155 LC solo la prevé en los supuestos en que se proceda a la enajenación del bien hipotecado (no antes) y con estricto cumplimiento de las exigencias del apartado 4.º de dicho artículo. Además, el auto debe ser firme. En el caso resuelto, se pretende cancelar las hipotecas antes de la enajenación del bien hipotecado, lo cual no es admisible.

Resolución de 30 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10957)

A pesar de constar inscrita la declaración de quiebra de la transmitente, admite la inscripción de una compraventa otorgada antes del auto de declaración de quiebra, pero durante el período de retroacción de la misma, en aplicación del artículo 878 CCom. (derogado por la Ley Concursal).

La STS de 9 de abril de 2014 interpreta que la ineficacia del derogado artículo 878 CCom. es un supuesto de rescisión y no de nulidad. La previa inscripción del auto firme de declaración de quiebra del transmitente supone publicar la existencia de una posible causa de rescisión oponible a terceros (artículos 34 y 37-1 LH), cancelable a instancias del mandamiento judicial que acredite el final del procedimiento sin que se haya ejercitado la acción de rescisión.

Resolución de 13 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11525)

Deniega la inscripción de una venta directa otorgada, una vez aprobado el plan de liquidación, por el administrador concursal, ya que en el auto por el que se autoriza la venta directa y se ordena la cancelación de todas las cargas no consta ni el precio ni el nombre del comprador, sin que, en su defecto, se aporte plan de liquidación aprobado judicialmente con objeto de comprobar si se determinó o no un precio mínimo de venta que se acomode al fijado en la escritura, y si se determinó o no un plazo máximo de recepción de ofertas, para excluir la celebración de subasta, tal y como prevé el artículo 155 LC. Además, tampoco resulta con claridad del auto incorporado cuáles son los derechos cuya cancelación se ordena, ni si se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios del plan de liquidación, las medidas tomadas respecto del crédito con privilegio especial y que el plan es firme.

Resolución de 24 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12222)

Aplica el artículo 56 LC, en cuya virtud solo quedan fuera de la jurisdicción del Juez del concurso las ejecuciones de garantías reales que no recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, pero correspondiendo al Juez del concurso la competencia exclusiva para apreciar o no tal afección. Así, la declaración de concurso supone la paralización de todo procedimiento de ejecución hipotecaria en curso y, por ello, es doctrina consolidada de la Dirección denegar la práctica de las operaciones registrales derivadas de él, hasta no acreditarse el pronunciamiento del Juez del concurso sobre la no afección del bien ejecutado.

En el supuesto resuelto, la Dirección exige dicho pronunciamiento como requisito previo a la expedición de una certificación



Resoluciones

de dominio y cargas, a pesar de que consta aprobado el convenio en virtud de sentencia. Lo que es causa de conclusión del concurso no es la mera aprobación del convenio, sino el auto firme que declare el cumplimiento del mismo (artículo 176-2 LC).

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 16 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11534)

Recapitula la doctrina de la Dirección sobre requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita, ex artículo 1504 CC: aportación del título del vendedor; notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente y sin oposición de este (si hay oposición, hace falta pronunciamiento judicial sobre la existencia de incumplimiento grave e injustificado), y documento que acredite la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos (artículo 175-6 RH).

Aplicando esta doctrina, la Dirección deniega la resolución pretendida por la parte vendedora, quien alega el impago de la cantidad aplazada, porque en el acta de requerimiento el comprador no solo ha formulado oposición verbal, sino que ha interpuesto demanda contra el vendedor por incumplimiento de contrato, lo cual se acredita con dos documentos incorporados al acta: la demanda presentada y el aval bancario por la cantidad pendiente de pago depositada en el mismo Juzgado para el caso de no ser reconocida la pretensión del comprador.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 7 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10137)

Deniega la inscripción de una segregación de finca rústica que produce una parcela inferior a la unidad mínima de cultivo, porque, si bien se incorpora licencia municipal de segregación, habiendo notificado el Registrador en la vía del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 a la Comunidad Autónoma, esta ha declarado (dentro del plazo de cuatro meses a que alude el precepto) la nulidad de la segregación, al amparo de los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995, sin que se estime la aplicación de ninguna de las excepciones del segundo de los artículos citados. La licencia de segregación o declaración municipal de innecesariedad pueden bastar en el aspecto urbanístico, pero, en lo agrario, la competencia no es local, sino de la Comunidad Autónoma.

Resolución de 17 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11692)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado fechado en 1974, en el que se segrega y vende una porción de finca entonces rústica y hoy con referencia catastral de urbana. A la escritura se incorpora un certificado municipal expresivo de que la referida parcela consta segregada con su configuración actual desde el Catastro de 1986, sin que se haya podido localizar en los archivos municipales la resolución de licencia, si bien se indica que, por el tiempo transcurrido, la posible infracción estaría prescrita.

El certificado municipal no dice que exista licencia, ni expresa ni presunta, por lo que no resulta pertinente argumentar sobre su obtención por silencio positivo. Tampoco sería admisible una declaración de innecesariedad, porque tanto la legislación estatal (artículo 17-2 LS) como la autonómica (artículo 143 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid) exigen licencia para los actos de parcelación. Para la Dirección, el dato relevante es que el propio Ayuntamiento, que es quien podría abrir expediente de disciplina urbanística, declara prescrita la posible infracción, no resultando del expediente que la segregación hubiera afectado a zona verde o a espacio libre, único caso en que no habría limitación alguna de plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística (artículo 200 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid).

Resolución de 1 de diciembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13219)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación otorgada en 1991 pero presentada a inscripción ahora, pues, aunque en su día se obtuvo licencia municipal, al generar parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, el Registrador ha notificado a la Administración agraria autonómica a los efectos del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, la cual ha resuelto declarar la nulidad de la segregación por no cumplir con las condiciones del artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995.

La segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral y, por ello, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentarla en el Registro, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

DOBLE VENTA

Resolución de 15 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11528)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa en la cual las partes declaran que la vendedora (y titular registral actual) había vendido previa y privadamente a otras personas, quienes después, y también privadamente, cedieron su derecho a la actual compradora. La Registradora aprecia como defecto que, a consecuencia de estas transmisiones intermedias reconocidas, la vendedora no era propietaria al otorgar la compraventa, debiendo inscribirse a efectos de tracto los anteriores contratos de compraventa y cesión de derechos.

La jurisprudencia (STS de 7 de septiembre de 2007) ha abandonado su anterior doctrina, que exigía una cierta coetaneidad cronológica como requisito de la doble venta y elemento distintivo respecto de la venta de cosa ajena. Hoy se consideran figuras complementarias y no excluyentes que entran en el ámbito del artículo 1473 CC, el cual otorga preferencia al comprador que primero inscribe, siempre que tenga buena fe, requisito cuya apreciación corresponde a los Tribunales, se deduce de los principios generales del Derecho y del artículo 34 LH, y que consiste en el desconocimiento de la venta anterior. No cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral formal del transmitente, prescindiendo de las vicisitudes anteriores a la venta, pues al Registro solo pueden acceder los actos válidos (artículo 18 LH). El revestimiento público de los contratos exige el otorgamiento por todos los que en ellos fueron parte o sus herederos, sin perjuicio, además, de las obligaciones tributarias.



DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Resolución de 2 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11097)

Deniega la inscripción de un certificado de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas derivado de un procedimiento de apremio por deudas de la Tesorería General de la Seguridad Social. Del documento calificado, además de no resultar la firmeza de la resolución, tampoco resultan ni la fecha de notificación al deudor de la valoración del bien a efectos de subasta, ni la notificación del acuerdo de enajenación a las personas que señala el artículo 116-2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, cuestiones ambas que entran en el ámbito de la calificación registral de los títulos administrativos, por ser trámites esenciales del procedimiento (artículo 99 RH), frente a cada uno de los cuales existen específicos derechos de defensa legalmente previstos (en referencia a la doctrina constitucional que proscribía la indefensión).

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 7 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10136)

En virtud de escritura de aportación a gananciales complementada con acta de notoriedad, se inmatriculó una finca formada por las parcelas 487 y 488. Después, el titular registral interpuso demanda de acción reivindicatoria contra el titular de la parcela 489, por entender que había ocupado con una construcción toda la parcela 488 y parte de la 487. El demandado formuló reconvencción y obtuvo sentencia que declaraba su dominio sobre el suelo objeto de construcción, así como la nulidad del acta de notoriedad. Esta sentencia es el título cuya inscripción se debate.

La Dirección considera que lo que declara la sentencia no es la posesión (que no es un derecho real inscribible), sino la titularidad del pleno dominio a título de herencia. Procede la inscripción de la parcela 488 en pleno dominio a nombre del reconviniendo, una vez que se subsane (incluso por mera instancia) la omisión de sus circunstancias personales. Sin embargo, respecto de la parcela 487, lo procedente es la cancelación total de la finca en el Registro, al no poder inscribirse la atribución judicial al reconviniendo de solo una parte de la parcela, cuyos linderos no se especifican.

Resolución de 1 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11094)

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, o dieciséis meses, en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos deberá constar del mismo documento judicial. Entre tanto no transcurran estos plazos, la sentencia solo podrá ser anotada preventivamente (artículo 524 LEC).

Resolución de 21 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11696)

Deniega la inscripción de un mandamiento que ordena la inscripción de un auto de ejecución, que tiene por emitida una declaración de voluntad de la parte ejecutada, consistente en elevar a escritura pública un contrato de compraventa privado. No cabe inscribir

directamente el mandamiento, sino que hace falta escritura pública. Cuando una resolución judicial condene a emitir una declaración de voluntad, transcurridos veinte días sin que el condenado lo haga, el Tribunal emitirá auto teniendo por emitida la declaración, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio (artículo 708 LEC). Así, lo único que hace la LEC es permitir al demandante otorgar la escritura por sí solo, sin necesidad de que comparezca el Juez. Pero la escritura es necesaria, porque, sin ella, no hay entrega.

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 5 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10145)

Deniega la inmatriculación de un exceso de cabida para cuya constancia se ha tramitado el acta notarial prevista en el artículo 53-10 de la Ley 13/1996 (en relación con el artículo 203 LH, con excepción de lo previsto en su regla 8.^a), por haberse opuesto los titulares de los predios colindantes y la Junta Vecinal de Bedoya, quienes alegan el carácter público de la porción que constituye el exceso. Ciertamente, en este tipo de actas, no hace falta consentimiento de los colindantes, bastando a estos efectos solo la notificación y la concesión de un plazo de veinte días para exponer lo que a su derecho convenga. Pero también se prevé la terminación del procedimiento notarial para el caso de que se formule oposición a la tramitación del acta (artículo 203-9 LH), abriéndose una fase judicial.

Resolución de 8 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11522)

Admite la inscripción de un considerable exceso de cabida (de 27.392 m² a 41.477 m²) declarado en expediente judicial de dominio, existiendo también una discrepancia parcial en uno de los linderos. Las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca no pueden impedir la inscripción de excesos por expediente de dominio, pues corresponde al Juez la valoración de la prueba dentro del procedimiento, salvo que el Registrador tuviera no ya dudas, sino la certeza de que el exceso no corresponde a la finca inscrita, lo cual no ocurre en el supuesto resuelto, donde, además, el Juez citó a quienes consideró titulares de los predios colindantes, en el trámite previsto en el artículo 201 LH.

Resolución de 29 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12228)

Sobre la base de la misma doctrina que la Resolución anterior, admite la inscripción de un exceso de cabida declarado en expediente de dominio, con aportación de certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de las fincas claramente coincidentes en cuanto a la cabida con la declarada en el expediente y, lo que es más importante, habiendo sido citados en el expediente los titulares de los linderos catastrales actuales.

Resolución de 17 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11690)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida decretado en auto recaído en expediente de dominio, porque no hay correspondencia entre los linderos del Catastro y los del Registro, los cuales constan inscritos con las dimensiones longitudinales de cada lindero, lo cual permite conocer exactamente la superficie incluida dentro de ellos. El exceso declarado es del 195 % de la cabida inscrita. La certificación técnica aportada sigue un enfoque metodológico que parte del perímetro catastral o de la apariencia posesoria, cuando lo correcto sería que reflejase la medición sobre el terreno de la realidad jurídica que conforma la finca registral.



Resoluciones

La Dirección recuerda doctrina consolidada. En general, las dudas sobre la identidad de la finca o el exceso de cabida solo 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 corresponden exclusivamente al Juez. Ahora bien, se exceptúa el caso de que el Registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca ya está inmatriculada, o de que el exceso de cabida encubre la pretensión de extender el folio de la finca inscrita a una superficie colindante adicional.

Resolución de 28 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12226)

Deniega la constancia del exceso de cabida de varias fincas, declarado mediante escritura de herencia, porque, siendo el exceso superior al 5 % e inferior al 20 % de la cabida inscrita, existen dudas sobre la correspondencia de la parcela registrada y la catastral: en una finca, cambia un lindero; en otra, hay varias fincas registrales dentro de una sola parcela catastral, de modo que es imposible determinar la superficie de cada una de las primeras respecto de la segunda, no bastando la mera atribución por los interesados. Respecto de otras fincas, ni siquiera se aporta certificación catastral. También se deniega la inscripción de una cuarta parte indivisa por falta de tracto, al estar inscrita a nombre de persona distinta al causante.

HIPOTECA

Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10121)

Habiéndose emitido con anterioridad por una entidad financiera un certificado de transmisión de hipoteca suscrito por un fondo de titulización de activos, ahora la Dirección admite la inscripción a favor de dicho fondo de la adjudicación en pago de la finca hipotecada realizada por el hipotecante. El Registrador la había denegado por entender que tales fondos carecen de personalidad jurídica. Pero, actualmente, el artículo 27 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, concede a estos fondos aptitud para ser titulares de inmuebles percibidos en pago de participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca u otros derechos de crédito agrupados en su activo, ya sea en un procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito.

Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10125)

Vigente un asiento de hipoteca unilateral, solo puede cancelarse en los casos y con los requisitos de la legislación hipotecaria: cancelación por mandato judicial y cancelación en los términos del artículo 141 LH. Lo anterior no se ve modificado por el hecho de que la hipoteca sea constituida por una sociedad en concurso de acreedores en garantía de la deuda ajena contraída por otra sociedad concursada. La cancelación de garantías hipotecarias en el ámbito del concurso solo puede llevarse a cabo con sujeción al procedimiento establecido y bajo estricto control judicial.

Resolución de 8 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10147); Resolución de 12 de noviembre de 2014 (BOE 294, 5-XII-14: 12670); Resolución de 20 de noviembre de 2014 (BOE 300, 12-XII-14: 12939); Resolución de 16 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11531)

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 un 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 659 LEC), cuyo efecto es solo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse.

Resolución de 12 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10150)

Suspende la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca entre particulares, por falta de aportación de certificado oficial de tasación (exigido como requisito legal para poder ejercitar el procedimiento de ejecución directa o la venta extrajudicial, y siempre que el valor de subasta no sea inferior al 75 % del valor de tasación) y por falta de constancia, en la cláusula de vencimiento anticipado por impago, del límite mínimo de tres plazos mensuales o cantidad equivalente (que es requisito del procedimiento de ejecución directa). Ciertamente, cabría inscribir parcialmente la hipoteca, con exclusión de los pactos de ejecución afectados, si bien para ello haría falta solicitud expresa, por tratarse de una estipulación delimitadora del contenido esencial del derecho real de hipoteca.

Resolución de 29 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10955)

Se refiere a una escritura de préstamo hipotecario a persona jurídica, garantizado con hipoteca constituida por persona física sobre su vivienda habitual y que tiene «cláusula suelo» de interés variable. Para su inscripción, se exige que el hipotecante no deudor realice la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6-2 de la Ley 1/2013 (en los términos concretados por el Banco de España en el anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013). Ciertamente, el citado artículo exige la expresión manuscrita cuando el préstamo recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física. Sin embargo, la Dirección realiza una interpretación lógica y sistemática, y extiende su obligatoriedad a los hipotecantes no deudores personas físicas, porque el hipotecante no deudor queda afectado directamente por la limitación a la variabilidad de los intereses, por el hecho de constituir el bien hipotecado su vivienda habitual y porque debe procurarse una interpretación *pro consumatore* que favorezca la información y protección del usuario de servicios financieros. Los argumentos expuestos son suficientes para interpretar el citado artículo 6-2, pero es que, además, en el caso resuelto, el hipotecante es un verdadero deudor, ya que su responsabilidad no queda estrictamente limitada al bien garantizado, sino que responde además personal, ilimitada y solidariamente con el deudor.

Resolución de 30 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10958)

Admite la inscripción de una novación de préstamo hipotecario, con aumento de capital y responsabilidad hipotecaria, pero sin modificación de la tasación a efectos de subasta que constaba en la escritura inicial, donde también constaba el pacto de ejecución.

Es doctrina consolidada que la exigencia legal de aportar el certificado de tasación exigido por los artículos 682-2-1 LEC y 129 LH, en su redacción actual, tras la Ley 1/2013, se refiere solo a la «*escritura de constitución de hipoteca*», y no a actos posteriores, como la



novación o ampliación de la hipoteca preexistente, no solo ya por una interpretación literal, sino también por la diferente regulación y significación jurídica de la modificación y la constitución de la hipoteca en los artículos 144 y 145 LH. Ahora bien, sí que sería necesario el certificado de tasación cuando la modificación alterase el valor de tasación de la escritura de constitución, o bien cuando el pacto de ejecución no figurase en la misma. Ciertamente, la Dirección ha equiparado en ocasiones la ampliación con una segunda hipoteca, pero solo a efectos de rango, al existir acreedores o titulares intermedios.

Resolución de 3 de octubre de 2014 (BOE 264, 31-X-14: 11186); Resolución de 3 de octubre de 2014 (BOE 264, 31-X-14: 11188); Resolución de 9 de octubre de 2014 (BOE 269, 6-XI-14: 11457); Resolución de 6 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11521); Resolución de 24 de octubre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12511)

Recapitula la vigente doctrina de la Dirección, que amplía el ámbito de la calificación registral en las hipotecas (artículo 12-2 LH, tras la Ley 41/2007), en consideración a la protección de los consumidores y usuarios sobre la base de la STS de 16 de diciembre de 2009, que reitera el papel activo del Registrador frente a una cláusula abusiva, incluyendo no solo las declaradas nulas por sentencia firme, sino también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser declarado por el Registrador subsumiendo automáticamente el supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos, sin poder entrar en el análisis de otras cuya abusividad dependa de conceptos indeterminados o inciertos, cuya declaración de abusividad requeriría sentencia. La reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo (SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013) reafirma el «principio de efectividad» de las directivas comunitarias y el carácter *ope legis* de la nulidad declarada por el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas. En definitiva, lo que se desprende de la literalidad del artículo 12 LH es un mandato específico y directo de calificación de todas las cláusulas de trascendencia real, con independencia de que sean o no cláusulas financieras. Esta doctrina ha quedado ratificada por la STS de 13 de septiembre de 2013.

El supuesto resuelto se refiere a una escritura de constitución de hipoteca de máximo flotante (artículo 153 bis LH), en garantía de un préstamo sindicado formalizado en el marco del proceso de refinanciación de la deuda bancaria de un grupo inmobiliario. Aunque hay varios titulares por cuotas del derecho real de hipoteca, el negocio jurídico tiene un nexo causal común y un propósito unitario: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso.

En concreto, se debate la inscripción de varias cláusulas de vencimiento anticipado. En general, la Dirección desestima el argumento registral de carecer de trascendencia real, por entender que sí la tienen en la medida en que se inscriban. Pero, no obstante, las deniega por otras razones:

- Vencimiento anticipado cuando alguna de las sociedades del grupo: experimente un cambio significativamente adverso en su situación financiera que pudiera deteriorar gravemente su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas de este u otros contratos de financiación; cese en su actividad empresarial; resulte obligada judicial o arbitralmente al pago a terceros de cantidades superiores a 2.000.000 de euros; deje de atender de forma generalizada las obligaciones corrientes con sus acreedores; incumpliera cualquier otra obligación (distinta del pago)

de este contrato; incumpliera una obligación de pago ajena a los contratos de financiación por importe superior a 300.000 euros, salvo que se estuviese demandando judicial o extrajudicialmente la improcedencia del pago, o incumpliera obligaciones de pago por importe superior de 2.000.000 de euros, con independencia de ejercitarse o no acciones.

Estas cláusulas adolecen de indeterminación; de dejar la duración de la hipoteca al arbitrio de su titular (artículo 1256 CC), y se refieren a eventualidades ajenas a la hipoteca, por lo que no puede producir su vencimiento anticipado (artículo 1129 CC).

- Vencimiento anticipado cuando el patrimonio de la acreditada o de los hipotecantes sea embargado por cualquier causa. Las razones de la calificación negativa son las mismas, y se añaden dos más: se produce un manifiesto desequilibrio contractual, y carece de justa causa, pues el embargo de bienes del deudor (incluidas las propias fincas hipotecadas) no menoscaba la garantía en que la hipoteca consiste.
- Vencimiento anticipado por falsedad, incorrección, inexactitud u omisión sustancial en las declaraciones realizadas y la documentación aportada por las deudoras para la refinanciación. No obstante considerarla aquejada de los mismos defectos, la Dirección admite su inscripción en el supuesto resuelto, al desestimar el argumento de falta de trascendencia real, único apreciado por el Registrador en su calificación (los demás argumentos fueron aportados ya en fase de informe, donde la Dirección permite profundizar en los argumentos de la calificación, pero no aportar otros nuevos).
- Vencimiento anticipado por dejar de ser titular del 100 % del grupo la persona física que lo es actualmente (salvo transmisión a descendientes o sociedades íntegramente participadas por él). Aquí la Dirección sí que admite el argumento de falta de trascendencia real, al tratarse de una circunstancia completamente ajena a la hipoteca y al Registro, además de contrariar los principios de libertad de empresa, contratación y tráfico mercantil.
- Vencimiento anticipado cuando cualquiera de las garantías reales pactadas dejase de ser válida, preferente respecto de otros acreedores y eficaz. Esta cláusula no es admisible porque no da oportunidad de completar la garantía (artículo 1129 CC) y porque se basa en la pérdida de rango de otras garantías reales ajenas a la hipoteca.
- Vencimiento anticipado por falta de auditoría obligatoria o por tener esta salvedades relevantes «a juicio de los acreditantes». Solo se deniega la inscripción del entrecomillado por contravenir el artículo 1256 CC.
- Vencimiento anticipado por falta de inscripción en un determinado plazo no solo de la hipoteca, sino también de unas prendas sin desplazamiento posesorio pactadas en el mismo acuerdo. La falta de inscripción de las prendas es asunto ajeno a la hipoteca, que no puede, por tanto, provocar su vencimiento anticipado.

En sentido contrario, la Dirección sí que declara inscribible la cláusula de vencimiento anticipado consistente en que cualquiera de las sociedades del grupo acordase su disolución o liquidación, salvo que se enmarcasen en operaciones de reestructuración permitidas en los contratos de financiación entre las partes o estén

oportunamente autorizadas. Esta cláusula está justificada siempre que se limite al supuesto de hipotecas en ejecución de acuerdos de refinanciación que cumplan con los requisitos del artículo 71 LC, que precisamente prevé que no sean rescindibles las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos.

Resolución de 9 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11524)

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, por ser la entidad de crédito ejecutante persona distinta (aunque sucesora a título universal, en virtud del reciente proceso de reestructuración del sistema financiero) de la titular del derecho de hipoteca. En el ámbito de la ejecución hipotecaria, es necesario cumplir con el principio de tracto sucesivo (aunque sea abreviado) en relación con la hipoteca inscrita, cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica real en relación con la misma o con su ejecución; singularmente, el decreto de adjudicación. El decreto de adjudicación no podrá inscribirse sin la previa inscripción a favor del causahabiente del titular registral de la hipoteca que se subroga en la posición del demandante.

Resolución de 15 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11529)

Admite la inscripción de una adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, aunque no se ha requerido de pago al deudor no hipotecante, quien se hallaba en situación de concurso de acreedores, como se justifica con certificación del Registro Mercantil.

En general, el requerimiento de pago al deudor, al hipotecante no deudor y 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 (insubsanable) de un trámite esencial del procedimiento que daría lugar a su nulidad. Sin embargo, la infracción de este requisito es defecto subsanable cuando concurren circunstancias especiales, como puede ser la acreditación de la situación de insolvencia del deudor. El artículo 568 LEC dispone la suspensión de las ejecuciones dirigidas contra el deudor declarado en concurso, a pesar de lo cual sería posible seguir la ejecución contra los demás interesados, pues, en tal caso, habrá que estar a la Ley Concursal. En el caso resuelto, no se ha requerido de pago al deudor, pero este se halla en situación concursal y ni el hipotecante no deudor ha realizado ninguna alegación al respecto.

Resolución de 24 de julio de 2008 (BOE 190, 7-VIII-08: 13574)

Interpreta el artículo 12 LH en su nueva redacción tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre:

- Regla general: el Registrador solo puede calificar e inscribir las cláusulas de trascendencia real relativas a la hipoteca y no al préstamo. La norma las enumera: principal, intereses o importe máximo de responsabilidad, identificación de las obligaciones garantizadas y su duración.
- Cuando la parte acreedora sea una entidad financiera y las cláusulas reales hayan sido calificadas favorablemente, el artículo 12-2 dice que se harán constar también las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no reales. Ni se califican, ni se inscriben: el Registrador se limitará a transcribirlas sin más. El control de su legalidad queda fuera de la competencia registral.
- Las cláusulas obligacionales no financieras no deben ni ser transcritas.

Esta Resolución (pero no así otras que confirman su doctrina, generalmente referidas a supuestos de hipoteca inversa) ha sido de-

clarada nula por la Sentencia de 1 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Tarragona (3.ª), publicada mediante **Resolución de 5 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12270).

Dos resoluciones de 1 de febrero de 2008 (BOE 48, 25-II-08: 3560 y 3561); Resolución de 8 de febrero de 2008 (BOE 49, 26-II-08: 3613)

Similar doctrina sobre el artículo 12 LH.

Anuladas por la Sentencia de 29 de marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Málaga (5.ª), publicada mediante **Resolución de 6 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12273).

Resolución de 5 de noviembre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12514)

Deniega la cancelación de hipotecas en garantía de obligaciones al portador, pretendida en virtud del artículo 82-5 LH, porque en la escritura de constitución se estipuló una determinada fecha de cumplimiento (anterior en más de veintidós años al momento de la calificación), pero estableciendo la posibilidad de prórroga por los tenedores hasta un máximo determinado en años. Por tanto, el plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria, más el año siguiente sin constancia registral en contra, debe contarse desde la fecha máxima de prórroga. Este plazo aún no ha transcurrido.

Resolución de 21 de noviembre de 2014 (BOE 300, 12-XII-14: 12941)

Se pretende inscribir una adjudicación resultante de procedimiento judicial de ejecución de hipoteca. Entre la fecha en que se dicta la Resolución y la fecha en que se acredita su firmeza, entra en vigor (el día 15 de mayo de 2013) la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, cuya disposición transitoria cuarta la declara aplicable a los procesos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor, pero únicamente en cuanto a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

La Dirección entiende que el ejecutado es susceptible de ser considerado consumidor y, por tanto, de padecer cláusula abusiva. Exige, para la inscripción, justificación judicial de la puesta en posesión de la finca en manos del adjudicatario antes del 15 de mayo de 2013 o, en su caso, de la no formulación satisfactoria del incidente extraordinario basado en nuevas causas de oposición.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 4 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10129)

Rechaza la inmatriculación de un solar (artículo 205 LH) pretendida mediante su adjudicación *pro indiviso* en escritura de liquidación de sociedad de gananciales, complementada por acta de notoriedad que acredita su carácter ganancial. Cabe inferir que la documentación ha sido preparada *ad hoc* para inmatricular, por concurrir las siguientes circunstancias: circularidad (la finca, inicialmente ganancial, pasa a quedar también común de los esposos, pero por mitades indivisas, mediante la simple conversión de una comunidad germánica en una comunidad ordinaria por cuotas); nulos o escasos coste fiscal y función económica de la operación, e intervención de personas ligadas por estrechos vínculos familiares.

Ahora bien, lo que no constituye defecto es el hecho de que, pretendiéndose solo la inmatriculación del solar, en el Catastro consten edificaciones. Ciertamente, el artículo 53-7 de la Ley 13/1996 exige



para inmatricular una coincidencia total entre la descripción catastral y la del título, pero tal coincidencia total ha de referirse solo 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. Una de ellas es acreditar su descripción y antigüedad, en la vía del artículo 20-4 LS, mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, la cual, en tal caso, sí que debería contener una descripción plenamente coincidente con la del título. Pero, en el supuesto resuelto, solo se pretende la inmatriculación del suelo.

Resolución de 5 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10130)

Deniega la inmatriculación de una finca mediante expediente de dominio por existir discrepancias descriptivas entre el título y el Catastro en cuanto a superficie y linderos. El artículo 53 de la Ley 13/1996 exige una coincidencia total; predicable, según la Dirección, tanto a títulos notariales como administrativos o judiciales, aunque su otorgamiento fuese anterior a la entrada en vigor del artículo citado. Eso sí, tal coincidencia descriptiva se refiere solo a los datos que distinguen una finca de sus colindantes, es decir, situación, superficie y linderos.

Ahora bien, en cuanto a los linderos, no es exigible la plena coincidencia en el nombre de los colindantes expresados en el título y en el certificado catastral. El vigente artículo 51 RH opta por un sistema de linderos fijos y no personales, al establecer que la descripción de las fincas será preferentemente perimetral sobre la base de datos físicos obtenidos de las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas. Así, cuando se delimita una finca georreferenciando sus vértices y, por tanto, sus linderos, bien mediante la referencia oficial de sus coordenadas geográficas, bien a través de un plano oficial georreferenciado (caso de las inmatriculaciones, donde, por imperativo legal, se utiliza la cartografía catastral), resulta ya superflua la mención de los nombres y apellidos de los dueños de las fincas colindantes, que solo es relevante a efectos de garantía procedimental en notificaciones judiciales o administrativas.

Resolución de 25 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11516)

Deniega la inmatriculación de una finca pretendida mediante escritura de donación, a la que se acompaña, como título previo, una escritura de herencia a favor de los donantes, pero de modo que hay diferencias descriptivas sustanciales en ambos títulos (cabida, número de parcela y polígono del suelo y vivienda existente sobre la misma). Además, la mitad indivisa de la finca, tal y como se describe en la escritura calificada, consta ya inscrita a nombre de personas distintas mediante una inmatriculación efectuada, por la vía del artículo 205 LH, hace menos de dos años.

La denegación procede, en cuanto a la mitad no inscrita, por falta de acreditación de la identidad de la finca descrita en el título calificado y el título previo, y en cuanto a la mitad ya inscrita, por aplicación del principio de tracto sucesivo. La suspensión de la fe pública prevista en el artículo 207 LH significa que el titular registral no podrá invocarla durante dos años en un procedimiento judicial, pero no es óbice a la salvaguardia judicial de los asientos, por lo que solo con el consentimiento del titular registral o con resolución judicial firme podrá cancelarse la inmatriculación.

Resolución de 17 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XII-14: 11693)

Deniega la inmatriculación de una finca, pretendida mediante escritura de resolución de contrato de permuta de solar por obra,

aportando como título previo la escritura que documenta la permuta que se resuelve.

La inmatriculación por la vía del artículo 205 LH exige dos transmisiones efectivas y reales. Ciertamente, la Dirección ha admitido títulos inmatriculadores cuya naturaleza traslativa es controvertida (aportación a sociedad conyugal, extinción de comunidad), pero siempre que impliquen un verdadero desplazamiento patrimonial, lo cual no ocurre en este caso, donde la resolución del contrato inicial implica que este dejó de tener efectos retroactivamente. La inexistencia de dos transmisiones es confirmada por el tratamiento fiscal de la resolución contractual por incumplimiento de condición expresa, que no da lugar a nueva liquidación (Resolución vinculante DGT de 20 de marzo de 2012).

Resolución de 29 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12229)

Deniega una inmatriculación, pretendida por la vía del artículo 205 LH, porque el título público se refiere exclusivamente al suelo (que es lo que únicamente se quiere inmatricular), mientras que la certificación catastral descriptiva y gráfica incorpora la existencia de una edificación. A efectos inmatriculadores, la certificación debe ser totalmente coincidente con el título.

Resolución de 1 de diciembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13220)

En su día, la Resolución de 7 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2335) no consideró suficientemente motivada la calificación denegatoria de la inmatriculación de una finca por escritura de aportación a gananciales. No obstante, el título no se volvió a presentar y no se inscribió.

Ahora la Dirección deniega de nuevo la inmatriculación, pretendida mediante la misma escritura de aportación a gananciales acompañada, como título previo, de escritura de donación de madre a hija. Consta también presentada un acta de notoriedad complementaria de la escritura de donación en la cual la Notaria autorizante, ante la oposición de varias personas, estimó no acreditada la notoriedad pretendida. La Dirección entiende que, caducado el asiento que provocó la calificación negativa y producida nueva presentación, no puede alegarse la existencia de una previa resolución estimatoria para impedir la nueva calificación, ya que el estado del Registro es ahora diferente, pues consta presentada la citada acta de notoriedad, que el Registrador puede tener en cuenta en su nueva calificación, según doctrina reiterada, con el fin de evitar asientos inútiles. Ciertamente, el desenlace negativo del acta de notoriedad no implica que el título presentado carezca de validez, pues admitir lo contrario permitiría a los eventuales terceros paralizar indefinidamente el procedimiento registral con base en manifestaciones o documentos sin virtualidad para producir asientos en el Registro. No obstante, la inmatriculación se deniega porque cabe inferir que la documentación ha sido preparada *ad hoc*, por concurrir las siguientes circunstancias: nulos o escasos coste fiscal y función económica de la operación; intervención de personas ligadas por estrechos vínculos familiares, y circularidad (la finca, inicialmente privativa de la esposa, continúa dentro de su patrimonio, si bien con carácter ganancial).

Resolución de 2 de diciembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13221)

Deniega la inscripción de una sentencia por la que se declara la existencia de doble inmatriculación de la finca 945 con respecto de la 1329, declarándose la nulidad del asiento de presentación de la



Resoluciones

primera y la cancelación de los demás asientos contradictorios. No ha intervenido en el procedimiento el titular de dos anotaciones preventivas de embargo sobre la finca cuyos asientos se deben cancelar, sin que se hubiese practicado anotación de demanda.

Sin embargo, la Dirección no considera obstáculo a la inscripción la falta de intervención de quien inscribió el dominio sobre la finca 1329 después de la conclusión del procedimiento pero antes de la presentación de la sentencia. Se trata de la finca cuyo historial no se cancela, de modo que se dejan incólumes los derechos inscritos o anotados sobre ella.

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 16 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11533)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual se expresa que dos cantidades integrantes del precio se han pagado a persona distinta del vendedor, pero identificando los dos medios de pago empleados (cheque bancario nominativo y transferencia) con los datos exigidos por el artículo 177 RN. El Registrador exigía que se identificase causa por la que una parte del precio no es recibida por el vendedor. Sin embargo, el pago a tercero es válido (artículos 1162 y 1163 CC) y, siempre que se identifiquen los medios de pago, queda al margen del Registro cuál sea su causa.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

Resolución de 25 de marzo de 2010 (BOE 114, 10-V-10: 7483)

A los efectos de cumplir la obligación legal de acreditación del NIF en actos de trascendencia inmobiliaria y tributaria (artículos 23 LN y 254 LH), recapitula la normativa aplicable:

- En general, el NIF se puede acreditar mediante exhibición de documento expedido a tal fin por la Administración Tributaria, documento nacional de identidad o documento oficial de asignación de número personal de identificación de extranjero (artículo 18-2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio).
- Para las personas físicas extranjeras, el NIF será el número de identidad de extranjero (artículo 20-1 del mismo Real Decreto). Todo extranjero a quien se le haya expedido autorización para permanecer en España más de seis meses obtendrá tarjeta de identidad de extranjero (artículo 4-2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero).
- Los ciudadanos comunitarios residentes en España por más de tres meses deben inscribirse en el Registro Central de Extranjeros y obtener un certificado de registro que incorpora su número de identidad de extranjero (Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero). El Notario los identificará mediante su documento de identidad o pasaporte, documentos que deberán ser convenientemente reseñados en la escritura en unión del NIF, cuando proceda. (No obstante, conviene recordar que el artículo 23-c LN exige que el documento de identidad tenga, además de foto, firma, lo cual no ocurre en el documento rumano o en el francés.)
- El número de identidad de extranjero está formado por nueve caracteres: letra X, siete números y una letra de control (Orden del Ministerio del Interior de 7 de febrero de 2007, modificada por la Orden INT/2058/2008, de 14 de julio).

En el supuesto resuelto, la Dirección considera que el número de tarjeta de residencia de la otorgante (francesa) consignado en la escritura es su nú-

mero personal de identificación de extranjero y, consecuentemente, su NIF. Remite a las dos resoluciones de 3 de diciembre de 2007 (BOE 15-I-08: 684 y 685) sobre supuestos similares, misma Notaría y mismo Registrador.

Anulada por mera extemporaneidad por la Sentencia de 8 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Málaga (4.ª), publicada mediante **Resolución de 7 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12282).

OBRA NUEVA

Resolución de 11 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10148)

Se refiere a una vivienda acogida en su día a la exención del autopromotor, quien después realizó una venta (que consta inscrita) a un comprador que le exoneró de la constitución del seguro decenal. Ahora, todavía dentro del plazo decenal, este comprador vuelve a vender a un tercero, que también le exonera del seguro. La Dirección deniega la inscripción de esta segunda venta y exige la constitución del seguro, independientemente de la falta de responsabilidad del transmitente en el proceso constructivo, porque no se ha acreditado uno de los requisitos que enervan el cierre registral: que el autopromotor inicial utilizó la vivienda. El mero hecho de tratarse de una transmisión ulterior a la del autopromotor no libera de la obligación legal, dados los términos de la norma y su finalidad protectora. Tampoco el mero hecho de que conste inscrita una previa transmisión puede considerarse justificación de que en su día se hizo tal acreditación, porque tal circunstancia no consta en el caso presente y el Registrador califica ahora de forma independiente.

Resolución de 3 de enero de 2008 (BOE 32, 6-II-08: 2030)

La Dirección entiende obtenida la licencia de legalización de obra preexistente por silencio administrativo una vez transcurrido el plazo legal para que la Administración resuelva, según el artículo 42 LRJAP-PAC (y el carácter común de las normas sobre procedimiento administrativo, ex artículo 149-1 CE).

En este supuesto concreto, es además aplicable el artículo 26 de la Ley Urbanística valenciana (Ley 16/2005, de 30 de diciembre), que exige: aportación de la solicitud de licencia presentada con la antelación necesaria respecto de la fecha de la escritura y manifestación expresa del declarante de no haber obtenido resolución administrativa expresa en el plazo legal.

Declarada nula esta Resolución por la Sentencia de 18 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Alicante (6.ª), publicada mediante **Resolución de 5 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12268).

Resolución de 24 de noviembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13214)

Deniega la inscripción de una declaración de obra con antigüedad acreditada anterior al plazo ordinario de prescripción de infracciones urbanísticas, pero que tiene la particularidad de alzarse en suelo no urbanizable protegido agrícola de la Comunidad Valenciana, en relación con el cual la legislación autonómica aplicable establece que la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística es imprescriptible. En consecuencia, no pueden inscribirse edificaciones sin autorización administrativa. El presupuesto de aplicación del artículo 20-4 LS es que haya transcurrido el plazo de prescripción de infracciones, por lo cual no cabe aplicarlo a supuestos de imprescriptibilidad.



OPCIÓN

Resolución de 27 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10953)

Recapitula doctrina consolidada. 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 estas (artículo 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, cabe 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 esta. También es deducible el importe de las cargas anteriores a la propia opción cuando sean satisfechas o asumidas por el optante.

En el caso resuelto, la Dirección deniega, por falta de consignación, la cancelación de una hipoteca posterior a la opción que se ejercita. Es una hipoteca, constituida por el concedente de la opción, cuyo objeto es una titularidad resoluble: resuelto el derecho del hipotecante, queda resuelta la hipoteca (artículo 108 LH), de modo que la cancelación de los derechos reales constituidos sobre bienes sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias exige que se «acredite la referida consignación» (artículo 175-6.º RH). El recurrente pretende imputar al pago del precio de la opción dos pagarés endosados al concedente, pero tales pagarés son de fecha anterior a la opción misma, no se justifica que se correspondan con el pago del ejercicio de la opción (y no con otra posible obligación entre las partes) y no son oponibles a tercero. Ahora bien, la cantidad a consignar es solo la de la responsabilidad hipotecaria (en este caso, desglosada en principal y en cantidad adicional para costas y gastos), y no la del precio total o cualquier otra superior al de la garantía registral.

Por otro lado, la Dirección no considera correctamente realizado el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas de quien actúa en nombre de la optante, que se ha intentado por mera relación a una certificación del Registro Mercantil (que tampoco se incorpora ni acompaña), sin manifestación de haber tenido a la vista copia autorizada de la escritura. La certificación del Registro Mercantil sería título acreditativo si fuese posterior al otorgamiento de la escritura de ejercicio de la opción, de forma que quedase acreditado que en el momento del otorgamiento del negocio estuviese inscrito el cargo.

PODER

Resolución de 2 de diciembre de 2010 (BOE 308, 20-XII-10: 19533)

La Dirección deniega la inscripción de una escritura de compraventa porque, aunque el Notario ha reseñado debidamente el poder del que nace la representación invocada, al emitir el juicio de suficiencia de las facultades representativas, emplea una expresión genérica («*facultades representativas suficientes para formalizar la presente escritura*») y no un juicio de suficiencia de las mismas expreso, concreto y coherente con el negocio documentado, imprescindible para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el contenido del título.

Declarada nula esta Resolución por la Sentencia de 25 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Castellón, publicada mediante **Resolución de 6 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12274).

PROCEDIMIENTO Y PUBLICIDAD REGISTRAL

Procedimiento

Resolución de 13 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10271)

La DGRN es competente para resolver los «recursos mixtos», es decir, los que no se fundamentan exclusivamente en Derecho de una Comunidad Autónoma que tenga atribuidas competencias sobre resolución de recursos. Así, en la presente Resolución, la Dirección se declara competente por referirse a la aplicación de normas de Derecho estatal (interpretación del artículo 254 LH), además de cuestiones relativas al Derecho catalán (cédula de habitabilidad).

En cuanto al fondo del asunto, el título fue presentado y objeto de una primera calificación negativa por falta de acreditación del pago del impuesto. El asiento de presentación caducó. Una vez satisfecho el impuesto, fue objeto de una nueva presentación, que produjo una nueva calificación negativa por falta de aportación de la cédula de habitabilidad exigida por la Ley catalana de Vivienda. Contra esta nueva calificación se plantea el actual recurso, pero no en cuanto al fondo, sino por entender que se infringe la exigencia de que la calificación sea global y unitaria. La Dirección lo desestima, además de por entender que estamos ante una calificación distinta motivada por una nueva presentación (artículo 108 RH), en consideración a su nueva doctrina sobre interpretación de los artículos 254 y 255 LH: en caso de falta de acreditación del pago del impuesto, el Registrador suspenderá siempre la calificación (tanto la positiva como la negativa) y, por tanto, la inscripción (permitiéndose solo el asiento de presentación), de modo que, subsanado el defecto, podrá calificar sobre el fondo. Esta interpretación se considera más ajustada a la literalidad de la norma y a su finalidad (garantizar el cumplimiento de la normativa tributaria), tal y como han reconocido pronunciamientos jurisdiccionales recientes.

Resolución de 2 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11100)

Considera incorrecta la negativa a calificar una sentencia, presentada ahora como título único, pero que ya había sido aportada antes como documento complementario de otros títulos notariales que ya provocaron en su día una calificación negativa en otro procedimiento registral cuyo asiento de presentación ya no está vigente. Caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y la nueva presentación significa el inicio de un nuevo procedimiento registral (sin perjuicio de que el Registrador pueda reiterar argumentos o motivaciones ya utilizados en otro procedimiento anterior).

Resolución de 26 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11519); Resolución de 14 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11527)

Una vez practicado un asiento, el recurso gubernativo no es ahora cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o invalidez del título inscrito (por no haber tenido en el procedimiento la posición jurídica prevista para él en el ordenamiento, o por otra razón). El recuso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para declarar la nulidad de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales. En aplicación de esta doctrina reiterada:

- La Resolución de 26 de septiembre deniega la cancelación de unas hipotecas en garantía de obligaciones al portador, que se pretende invocando la nulidad de las emisiones y las hipotecas.

- La Resolución de 14 de octubre deniega la cancelación de las inscripciones derivadas de un procedimiento judicial de acción directa sobre bienes hipotecados, que se pretende invocando la infracción de los principios de tracto sucesivo y tutela judicial efectiva.

Resolución de 13 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11526)

Se refiere a un mandamiento judicial por el que se declara admitida a trámite demanda sobre ejercicio de acción de cancelación de asientos y reintegración de la titularidad registral y se ordena al Registrador la remisión del expediente de varias fincas de conformidad con el artículo 328 LH (que regula el recurso judicial contra la calificación registral negativa o la resolución recaída en recurso gubernativo). El Registrador deniega la remisión del expediente solicitado por no tener constancia de ninguna petición de inscripción ni calificación negativa que pueda tener relación con dicho mandamiento. La Dirección lo confirma: el recurso gubernativo solo procede contra una nota de calificación.

En particular, los requisitos fiscales de la inscripción

Resolución de 10 de octubre de 2014 (BOE 269, 6-XI-14: 11459)

Deniega, por falta de liquidación de la plusvalía municipal, la inscripción de una donación de inmueble que para el Registro y el Catastro es rústico, si bien consta inscrita una casa y del título resulta que la finca es vivienda habitual de la donante.

El Registrador, al calificar una operación, debe decidir si se halla o no sujeta al impuesto; esta valoración no será definitiva en el plano fiscal, sino que solo será suficiente para acceder a la inscripción o denegarla. En el caso resuelto, dada la existencia de una vivienda, no estamos ante un supuesto de expresa y patente no sujeción, por lo cual no cabe exigir al Registrador que inscriba sin aplicar el artículo 254 LH.

Por otro lado, el citado artículo impone el cierre registral cuando no se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del impuesto o la comunicación del artículo 110-6-b de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Esta última comunicación constituye una medida excepcional concedida solo a las transmisiones a título oneroso, donde el adquirente no es sujeto pasivo del impuesto y, por tanto, podría verse perjudicado en su derecho a inscribir, en caso de que el transmitente no liquidase el impuesto. Sin embargo, las transmisiones lucrativas no pueden liberarse del cierre mediante comunicación al Ayuntamiento, siendo imprescindible acreditar la liquidación o autoliquidación de la plusvalía.

Resolución de 13 de marzo de 2009 (BOE 89, 11-IV-09: 6096)

Cuando se presenta un título, el Registrador debe decidir si la operación se halla o no sujeta a impuesto, a los efectos de acceder a la inscripción o suspenderla, y exponer todos los defectos que impidan la inscripción del título, aunque no se le haya acreditado el pago del impuesto, sin que pueda suspender la calificación hasta que se acredite el pago del impuesto y, después, volver a apreciar otros defectos. La suspensión de la «*calificación e inscripción*» prevista en el artículo 255 LH para el caso de no haberse verificado el pago del impuesto se refiere a la calificación sin defecto (si se quisiera referir a toda calificación, sobraría la referencia cumulativa a la inscripción), pero no a la calificación negativa, que debe ser unitaria.

Esta Resolución (como la mayoría de las que reproducen su doctrina) ha sido anulada por la Sentencia de 31 de mayo de 2011 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (3.^a), publicada mediante **Resolución de 6 de noviembre de 2014 (BOE 286, 26-XI-14: 12271)**.

Resolución de 27 de noviembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13218)

Deniega la inscripción de una disolución de comunidad por falta de presentación de autoliquidación, declaración o comunicación relativa al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en el caso de la Resolución de 3 de octubre de 2014, junto con otros defectos resumidos más ampliamente en el fichero sobre propiedad horizontal).

El Registrador, al calificar una operación, debe decidir si se halla o no sujeta a impuesto; esta valoración no será definitiva en el plano fiscal, sino que solo será suficiente para acceder a la inscripción o denegarla. Por ello, la Dirección no tiene en cuenta la alegación del recurrente de que en las extinciones de comunidad no se produce el hecho imponible del citado impuesto. Fuera de los supuestos expresos de no sujeción o exención (por ejemplo, aceptación de hipoteca unilateral por la Tesorería General de la Seguridad Social, según la Resolución de 23 de abril de 2007), imponer al Registrador la calificación de sujeción o no a impuesto supondría obligarle a declaraciones tributarias que quedan fuera del ámbito de competencia reconocida a la Dirección.

Publicidad

Resolución de 18 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10278)

Recapitula la doctrina de la Dirección sobre publicidad registral formal. El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido y legítimo, y ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Además, los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral.

Sobre la base de esta doctrina, la Dirección deniega la expedición de notas simples solicitadas alegando como interés «*la investigación jurídica sobre el objeto, su titularidad o limitaciones*», por interpretar de la instancia que lo realmente perseguido por la solicitante es modificar el Registro para que se adapte a lo que ella considera exacto, mediante la mera solicitud de información, alegando la caducidad de las actuaciones judiciales que se oponían a su pretensión. También deniega la solicitud indiscriminada de certificaciones comprensivas de todo el historial registral de ciertas fincas, salvo en cuanto a una de ellas, de la que también es titular en parte la propia solicitante, si bien habría que analizar las circunstancias del caso concreto para saber hasta qué punto pueden facilitarse datos sensibles de anteriores titulares o de cotitulares actuales.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 6 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10133)

Se pretende la legalización del libro de actas de una comunidad en propiedad horizontal, presentado por quien manifiesta ser administrador de la comunidad y no aporta el libro anterior por haberse extraviado, acompañando denuncia policial. La Dirección lo deniega por haberse presentado al día siguiente instancia suscrita por otra persona, quien acredita ser la administradora de la misma comunidad mediante certificación de junta con el visto bueno del Presidente, solicitando la legalización del libro de actas, a la que se acompaña el libro que se dijo extraviado. La primera solicitud no acredita el cargo de administrador y es incompatible con la segunda instancia. No cabe alegar el



principio de prioridad, que rige en sede de derechos reales (artículo 17 LH), con menor extensión en sede de registros de personas, como el Mercantil, y mucho menos en sede de calificación de libros de actas, donde debe prevalecer el superior principio de calificación (artículo 18 LH). Además, es doctrina reiterada que los registradores deben tener en cuenta los documentos pendientes de despacho referidos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse por efecto del título posterior.

Resolución de 8 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10138)

Admite la legalización de un libro de actas, a pesar de no constar inscrito el título constitutivo de la propiedad horizontal o complejo inmobiliario. Basta con que se acredite la formalización de dicho título (lo cual, en el caso resuelto, se realiza mediante la aportación de escritura de protocolización de estatutos) para consignar los datos de la comunidad en el libro-fichero a que se refiere el artículo 415 RH, si bien, cuando la constitución de la comunidad no conste inscrita, la diligencia de legalización deberá expresar que por tal circunstancia no se ha consignado la legalización por nota al margen de la inscripción de las fincas afectadas, y que la constancia en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales, ni prejuzga la calificación sobre cumplimiento de los requisitos de constitución de la comunidad, en el caso de que se presentara después a inscripción.

Resolución de 16 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10273)

Se refiere a una escritura de modificación de una obra previamente declarada, en el sentido de transformar la única vivienda unifamiliar que contemplaba la inicial licencia en cuatro viviendas, que pasan a constituir los cuatro elementos en que en el mismo título queda dividido horizontalmente el edificio.

Tanto la calificación inicial como la sustitutoria deniegan la inscripción por exigir licencia municipal. La Dirección estima el recurso y revoca la calificación por falta de motivación: los preceptos invocados para exigir licencia se refieren a las obras nuevas, mientras que las normas que hubiesen sido aplicables para la Dirección (y en cuya virtud hubiese sido exigible la licencia) serían los artículos 10-3-b LPH y 17-6 LS, referidos respectivamente a la propiedad horizontal y a los conjuntos inmobiliarios, que, sin embargo, solo han sido introducidos en fase de informe, que es un trámite donde el Registrador puede profundizar sobre los argumentos que fundan la calificación, pero sin poder añadir nuevos defectos. Tampoco el Registrador sustituto puede añadir nuevos defectos no apreciados por el sustituido.

Para la Dirección, el antecedente normativo de esta materia es el artículo 53-a del Real Decreto 1093/1997, que prohíbe constituir como elementos independientes más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, salvo que se aporte nueva licencia. Este criterio ha quedado confirmado y elevado a rango legal por las dos normas antes citadas, que tienen el carácter de legislación básica y son expresión de la misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos de una propiedad horizontal, requieren autorización administrativa siempre que se incremente el número de elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación.

Resolución de 3 de octubre de 2014 (BOE 264, 31-X-14: 11187)

Admite la inscripción de una declaración de obra en construcción, pero deniega la división horizontal y la adjudicación de departamentos a los copropietarios realizadas en el mismo título, porque no se acredita que el número de elementos de la división horizontal se ajuste a la licencia de obra nueva. Ciertamente, la autorización administrativa solo se exige para la constitución o modificación del complejo inmobiliario, pero no para la propiedad horizontal (artículos 10-3 LPH y 17-6 LS), y tampoco puede considerarse absoluta o genérica la exigencia de licencia para inscribir las operaciones de los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto cada acto. Ahora bien, el citado artículo 53 prohíbe, para inscribir títulos de propiedad horizontal, constituir como elementos privativos más de los que consten en la declaración de obra nueva, salvo nueva licencia. Por ello, en el supuesto resuelto, la Dirección exige licencia no ya para la propiedad horizontal, sino para acreditar que la licencia de obras del edificio permite el número pretendido de elementos.

Por otro lado, la Dirección confirma el defecto de falta de presentación de autoliquidación, declaración o comunicación relativa al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. El Registrador, al calificar una operación, debe decidir si se halla o no sujeta al impuesto; esta valoración no será definitiva en el plano fiscal, sino que solo será suficiente para acceder a la inscripción o denegarla. Por ello, la Dirección no tiene en cuenta la alegación del recurrente de que en las extinciones de comunidad no se produce el hecho imponible del citado impuesto. Fuera de los supuestos expresos de no sujeción o exención (por ejemplo, aceptación de hipoteca unilateral por la Tesorería General de la Seguridad Social, según la Resolución de 23 de abril de 2007), imponer al Registrador la calificación de sujeción o no al impuesto supondría obligarle a declaraciones tributarias que quedan fuera del ámbito de competencia reconocida a la Dirección.

El tercer defecto es la falta de tracto, pues, hallándose previamente presentada una escritura por la que el titular de la finca vende cuotas indivisas a los restantes declarantes de la obra, junto con un derecho de construcción anejo a la cuota vendida, y habiendo sido inscrita en cuanto a la venta de participaciones, pero denegada en cuanto al derecho de construcción anejo, falta la previa inscripción del derecho de construcción, que constituye precisamente la causa de las adjudicaciones de los elementos privativos.

Las resoluciones de 3 de octubre de 2014 (BOE 264, 31-X-14: 11189, 11190, 11191 y 11192) se refieren a sendos supuestos similares, planteados entre el mismo Notario y el mismo Registrador que la Resolución anterior, donde también se hallan suspendidas la inscripción de la división horizontal y la adjudicación de departamentos resultantes de ella. Mediante estas resoluciones, la Dirección confirma la negativa, por falta de tracto, a inscribir una escritura presentada con posterioridad, por la que un adjudicatario realiza ulteriores actos sobre elementos privativos que le han sido adjudicados, vigente el asiento de presentación de la escritura inicialmente suspendida (en las resoluciones con n.º 11189 y 11190, se trata de una donación con definición de legítima; en la n.º 11191, se trata de unas capitulaciones donde se constituye una sociedad de gananciales a la que se aportan dichos elementos, y en la n.º 11192, se trata de un acta de fin de obra).



Resoluciones

Resolución de 17 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11691)

No considera necesario obtener licencia administrativa para dividir horizontalmente un edificio previamente inscrito.

Los actuales artículos 17-6 LS y 10-3 LPH son expresión de la misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario, al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos de una propiedad horizontal, requieren autorización administrativa siempre que se incremente el número de elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Ahora bien, la Dirección excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal, recordando la doctrina de la Resolución de 21 de enero de 2014, que diferencia ambas figuras en función del régimen organizativo de la propiedad: 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; por el contrario, en el complejo inmobiliario, existen fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero sometidas a un régimen de organización unitaria de la propiedad, al participar en comunidad en otros elementos instrumentales vinculados. En el caso resuelto, un edificio integrado por locales y viviendas es dividido horizontalmente. Es claro que no se crean nuevos espacios de suelo objeto de propiedad separada, ni se constituye un régimen específico de conjunto inmobiliario, por lo que no es exigible la licencia.

No obstante, la inscripción se deniega porque, para constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal, es precisa la previa inscripción de las modificaciones del edificio ya inscrito, que se ponen de manifiesto en el título constitutivo de ese régimen (en el caso resuelto, desaparece un lindero y aparecen terraza, porche y torreón en planta de cubierta). La propiedad horizontal presupone la previa inscripción del edificio que se divide (artículo 8 LH).

Resolución de 21 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11694)

Deniega la inscripción de una escritura por la que se cambia el destino de un elemento en propiedad horizontal (de local a vivienda), con la consiguiente modificación de la fachada, por la única voluntad de su propietario. Los estatutos establecen que los elementos privativos se destinarán a viviendas o locales según caracterizados en el título constitutivo, y que la modificación de la fachada exige consentimiento de la comunidad.

Resolución de 21 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11698)

Deniega la inscripción de la renuncia abdicativa a una cuota indivisa de dominio que lleva anejo un derecho exclusivo de disfrute temporal o aprovechamiento por turnos de un apartamento integrado en un edificio en propiedad horizontal, que, a su vez, forma parte de un complejo inmobiliario.

En primer lugar, porque es una renuncia que perjudica a terceros (artículo 6-2 CC), pues supone un incremento de los demás propietarios en los gastos generales. Las deudas de la comunidad, al carecer de personalidad jurídica, son deudas de los propietarios. Procede la aplicación analógica del artículo 1705 CC (sobre la sociedad civil de duración indefinida): la inscripción de la renuncia no puede ser automática, sino que hay que exigir que la renuncia sea puesta en conocimiento de los demás propietarios para que puedan impugnarla judicialmente,

si entienden que es de mala fe. A la misma solución se llega aplicando el artículo 395 CC, sobre comunidad de bienes, que admite la liberación de la responsabilidad del comunero mediante la renuncia a su parte en la comunidad, lo que implica abandono traslativo.

Por otro lado, los principios registrales impiden dejar sin titular una finca inmatriculada, por lo cual no es posible inscribir una renuncia sin inscribir simultáneamente una nueva titularidad. Así, en el caso de que fuese calificada positivamente la legalidad de una renuncia, debería inscribirse la finca en la forma prevenida en el artículo 4-2 LPH, es decir, a nombre de todos los propietarios en *pro indiviso* ordinario. En definitiva, la inscripción de la renuncia exigiría el consentimiento de los demás copartícipes (artículo 239-3 RRM, sobre disolución de la sociedad colectiva y comanditaria), o bien mediante sentencia que la declarase legítima.

Resolución de 28 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12227)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria de una propiedad horizontal, en cuya virtud «se respetarán los acuerdos tácitos, o sea, que están implícitos en los hechos».

La jurisprudencia (por ejemplo, la STS de 6 de marzo de 2013) admite en casos concretos que el silencio de los propietarios y de los órganos de la comunidad pueda ser apreciado como consentimiento tácito, en función de que se aprecie una voluntad inequívoca y contundente. Pero, por el contrario, una cláusula como la presente, que pretende posibilitar en general la adopción de acuerdos tácitos, permitiría considerar correctamente adoptado un acuerdo sin el concurso de los elementos imperativos que exige el artículo 17 LPH.

Por otro lado, aunque la representación legal de la comunidad corresponde al Presidente y, en este caso, el recurso lo interpone el Secretario, la Dirección y el Registrador consideran suficiente, por economía procesal, la concurrencia del visto bueno de la Presidenta a lo actuado.

RECTIFICACIÓN

Resolución de 10 de octubre de 2014 (BOE 269, 6-XI-14: 11458)

Suspende la inscripción de una escritura de división de finca y extinción de comunidad, la cual, acompañada de un título previo de donación y compraventa, se pretende usar como título inmatriculador de una finca que se dice no inscrita. La Dirección confirma la calificación negativa: en el Registro consta inscrito un tercio de una finca con evidentes coincidencias descriptivas; de los títulos anteriores a la donación resulta que la finca pertenecía, por terceras partes indivisas, al titular inscrito, a los donantes y a otro copropietario, y que los donantes compraron sus tercios a estos otros dos copropietarios; sin embargo, en el título de donación manifiestan que lo que ellos y sus vendedores tenían no era un tercio cada uno, sino un sexto, de modo que lo que donan es solo media finca. Es preciso inmatricular previamente los otros dos tercios. Tampoco puede establecerse con certeza que la finca del título y la inscrita sean la misma, pues hay coincidencias y divergencias descriptivas. En todo caso, existe una modificación sustancial entre los derechos adquiridos en los títulos previos y los que ahora se pretenden inscribir, lo que exige la intervención de los otorgantes de dichos títulos, ratificando el error de las participaciones adquiridas y aclarando la identidad de las fincas a que se refieren.



Resolución de 25 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11515)

Rechaza una solicitud de rectificación referida a ciertas fincas, planteada con ocasión del fallecimiento de sus titulares registrales, en el sentido de obtener la cancelación de sus inscripciones (que no se corresponden con la realidad catastral) y la apertura de nuevo folio con la nueva descripción ajustada al Catastro.

Los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, de modo que la rectificación de los mismos solo cabe en los casos y por las vías del artículo 40 LH, que no se corresponden con el supuesto calificado. Tampoco cabe acceder a la pretensión del recurrente por la vía del artículo 82 LH, que proscribía la rectificación registral por mero consentimiento formal del titular, sin una causa con trascendencia jurídica que la sustente. Constando inscritas las fincas, no cabe inmatricular las que ahora se presentan como sustitutas de aquellas, pues se produciría una doble inmatriculación.

Resolución de 26 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11517)

Deniega la rectificación de un asiento solicitada alegando que existió un error de concepto: la configuración jurídica del título no se corresponde con la inscripción. El Registrador considera que no hubo tal error. Una vez calificado e inscrito un documento, bajo la responsabilidad del Registrador, el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales, y su rectificación exige consentimiento de los interesados o resolución judicial.

Resolución de 24 de noviembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13215)

Por resolución judicial penal, se practicaron en el Registro unas anotaciones de embargo por conversión de sendas anotaciones de embargo preventivo anteriores. Ahora, la sociedad titular solicita al Registrador su rectificación, por entender que las citadas conversiones fueron extendidas por error de concepto. No concurre tal tipo de error (que el artículo 216 LH tipifica como el padecido cuando, al expresar en la inscripción el contenido del título, se altere o varíe su verdadero sentido), sino que lo que realmente estima el recurrente es que la conversión no debió practicarse por falta de tracto sucesivo. En cualquier caso, la Dirección deniega la rectificación: el objeto del recurso gubernativo es solo determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, pero no decidir sobre la validez del título ya inscrito, y, aunque se tratase realmente de un error de concepto, tampoco concurren los requisitos para su rectificación, pues falta el acuerdo de los interesados (singulamente, el titular de la anotación) y el Registrador.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 4 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10143)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio, aprobado judicialmente, en cuanto incluye en la liquidación de gananciales y adjudica a uno de los cónyuges una vivienda, que no es la familiar, la cual fue adquirida por ambos *pro indiviso* antes del matrimonio.

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (artículo 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria

del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública. En el caso resuelto, los cónyuges no expresan el negocio jurídico del que se deriva la ganancialidad, por lo que no se puede determinar si se trata de una aportación a gananciales efectuada en el mismo convenio (lo que sería contradictorio con el acto mismo de liquidación), o si se trata de un negocio de adjudicación que comporta compensación, o si se trata de una mera disolución de comunidad.

Resolución de 6 de septiembre de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10146)

Considera inscribible (una vez que sea previamente inscrita en el Registro Civil) una sentencia firme dictada en proceso de liquidación de una sociedad de gananciales, en la que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, se declara ganancial una vivienda inventariada (que no consta que sea la habitual de la familia), pese a constar inscrita *pro indiviso* a nombre de ambos cónyuges por compra en estado de solteros. Ciertamente, no se han especificado los elementos esenciales del negocio por el cual el inmueble ha pasado a ser ganancial, pero resulta decisivo el dato de que la ganancialidad viene declarada por una resolución judicial cuyo fondo no puede calificar el Registrador.

Resolución de 29 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10956)

Admite la inscripción de una sentencia de divorcio aprobatoria del convenio regulador que liquida la sociedad de gananciales, en el cual se inventaría y adjudica la vivienda familiar, la cual figura inscrita por mitad a nombre de ambos con carácter privativo por compra en estado de solteros, sin que ulteriormente se le hubiera conferido carácter ganancial.

Resulta especialmente relevante que se trate de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio (acuerdos de división, asunción del préstamo hipotecario y compensación del saldo acreedor resultante de la liquidación), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial.

Resolución de 8 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11523)

Admite la inscripción de una escritura por la que dos cónyuges compran sendas participaciones indivisas de una misma finca, atribuyéndoles carácter privativo por manifestar que el dinero invertido por cada uno procede de la venta de otro bien que les pertenecía privativamente. Ciertamente, no existe una acreditación mediante prueba documental pública que permita inscribir el bien como privativo puro (artículo 95-2 RH); sin embargo, la Dirección interpreta que, aun no habiéndose realizado una declaración formal de confesión de privatividad, concurren los requisitos de este medio de prueba, cuya virtualidad es la de cambiar la presunción de ganancialidad por otra, también *iuris tantum*, de privatividad: declaración de conocimiento del confesante; incertidumbre sobre la naturaleza del bien reconocido como privativo; la confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o a la contraprestación; debe hacerse durante la vigencia del matrimonio, y no se requiere otra solemnidad que la realización mediante escritura pública.

Resolución de 16 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11532)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio, aprobado judicialmente, en cuanto incluye en la liquidación de gananciales y adjudica a uno de los cónyuges una vivienda, que no



Resoluciones

consta que sea la familiar, la cual fue adquirida por ambos *pro indiviso* antes del matrimonio. Los cónyuges no expresan el negocio jurídico del que se deriva la ganancialidad, por lo que no se puede determinar si se trata de una aportación a gananciales efectuada en el mismo convenio (lo que sería contradictorio con el acto mismo de liquidación), o si se trata de un negocio de adjudicación que comporta compensación, o si se trata de una mera disolución de comunidad.

La Dirección remite a su doctrina consolidada. El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (artículo 3 LH), interpretada como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública. Así, es precisa escritura pública y no es inscribible el convenio regulador aprobado judicialmente, si en la liquidación de gananciales se incluyen bienes que pertenecen privativamente por mitad a ambos cónyuges y la transmisión de tales bienes no tiene como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio.

Resolución de 30 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12230)

Deniega la inscripción de un decreto de Secretario Judicial dictado en un procedimiento contencioso de liquidación de régimen conyugal de separación de bienes tras divorcio, por el cual, ante la incomparecencia de uno de los cónyuges, se aprueba la propuesta de liquidación del que sí comparece, consistente en adjudicarle un local comercial comprado por mitad y *pro indiviso* durante el matrimonio. En este caso, no hay patrimonio familiar que liquidar, sino que el régimen del local es el de la copropiedad ordinaria y el cauce procesal adecuado para dividirla es el procedimiento ordinario que por la cuantía corresponda, no siendo de aplicación el procedimiento de los artículos 806 y ss. LEC, y resultando competente para conocer del procedimiento ordinario de división de cosa común el Juzgado de Primera Instancia al que corresponda por turno, y no el Juzgado de Familia ante el que se siguió el proceso de divorcio. Ni el procedimiento seguido es el adecuado, ni el Secretario Judicial que ha aprobado la liquidación del régimen económico es competente para ello.

Resolución de 12 de noviembre de 2014 (BOE 294, 5-XII-14: 12669)

Es inscribible una sentencia declarativa de divorcio que estima la solicitud de extinción de comunidad ordinaria de bienes adquiridos por los cónyuges antes del matrimonio. Según el artículo 438-3-4.ª LEC, en los procedimientos de divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de bienes con indiviso ordinario. La exigencia del artículo 3 LH queda plenamente satisfecha.

SOCIEDADES MERCANTILES

Administradores

Resolución de 29 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10954)

Deniega la inscripción de una renuncia de administrador único sin convocatoria de junta que deba tomar acuerdos para evitar la paralización de la vida social.

Es doctrina consolidada que, a diferencia de los supuestos de renuncia en que permanece en el cargo algún otro administrador (quien está, en este caso, legalmente habilitado para convocar la Junta), una renuncia de todos los administradores aboca a la convocatoria judicial de la Junta a solicitud de los socios, por lo cual no

procede su inscripción sin acreditar que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad.

Resolución de 26 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11518)

Admite la inscripción de una cláusula estatutaria que prevé que el cargo de administrador será retribuido con una cantidad máxima hasta un importe bruto anual concreto, la cual será automáticamente revisada cada año conforme al IPC.

La Dirección recuerda su doctrina sobre interpretación del artículo 217 LSC: cuando la remuneración no consista en una participación en beneficios, su inscripción requiere su expresa previsión estatutaria y la determinación del concreto sistema retributivo. La cláusula debatida cumple ambos requisitos. Cuando la previsión estatutaria es la retribución mediante una cantidad fija, no corresponde a la Junta decidir si la cantidad se ha de satisfacer o no, sino tan solo fijar la cuantía concreta para el ejercicio correspondiente, de acuerdo con el sistema previsto en los estatutos.

Resolución de 15 de octubre de 2007 (BOE 20-XI-07: 19938)

Es inscribible el cambio de administrador único, a pesar de que la persona nombrada ya era apoderada voluntaria de la sociedad. No estamos ante ninguna de las causas de prohibición para ser administrador (en las limitadas: artículo 58-3 LSRL).

Es supuesto distinto del resuelto en la Resolución de 24 de noviembre de 1998 (confirmada por la que ahora se comenta), donde la Dirección denegó la inscripción de un poder a favor del administrador único (razones: sería ilusoria la revocación de dicho poder y la exigencia de responsabilidad al apoderado; carece de sentido atribuirse como apoderado unas facultades que ya tiene como administrador, y sería injustificable que, tras haber cesado como administrador, continuase como apoderado por su sola voluntad y hasta ser revocado el poder por el nuevo órgano de administración).

Declarado nulo el Fundamento de Derecho 4.º de esta Resolución (el que contiene los argumentos decisivos que he resumido) por Sentencia de 26 de marzo de 2008 del Juzgado Mercantil n.º 2 de Valencia, publicada mediante **Resolución de 4 de noviembre de 2014 (BOE 286, 26-XI-14: 12262)**.

Resolución de 30 de octubre de 2009 (BOE 291, 3-XII-09: 19391)

Dado que la competencia para convocar junta general corresponde a los administradores (artículo 45 LSL), la incompetencia del convocante por caducidad de su cargo determina la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos.

En este caso (nombramiento de administrador de una sociedad limitada, el 15 de mayo de 2002, por plazo de cinco años), no cabe invocar la doctrina del administrador de hecho, que solo procede en casos de caducidad reciente, y cuyo reflejo legal es hoy la regla de pervivencia del nombramiento hasta la celebración de la primera junta o hasta que pase el plazo en que debiera haberse reunido la primera junta ordinaria (artículo 60-2 LSL).

Esta Resolución ha sido anulada por la Sentencia de 10 de junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz Tenerife (4.ª), publicada por **Resolución de 6 de noviembre de 2014 (BOE 286, 26-XI-14: 12272)**.

Resolución de 28 de octubre de 2008 (BOE 276, 15-XI-08: 18486)

Se refiere a una escritura pública de poder conferido por el Consejero Delegado de una sociedad anónima a favor de varias personas físicas, de modo



que, para ejercer ciertas facultades, deban actuar mancomunadamente uno cualquiera de los apoderados y el propio Consejero Delegado. El Registrador Mercantil deniega la inscripción porque, al designar a uno de los apoderados no de forma nominativa, sino por el cargo que ostenta, su cese como administrador implicaría la revocación del poder, y el nombramiento de uno nuevo supondría la concesión de un nuevo poder, pudiendo verificarse ello mediante documento privado, en contravención del artículo 1280-5 CC. Sin embargo, la Dirección admite la inscripción porque: se trata de una combinación de representación orgánica y voluntaria no prohibida por la ley; no existe norma que prohíba inscribir un poder sobre la base de posibles vicisitudes relativas a su revocación o a la extinción de la representación orgánica ligada a él, y, además, el nombramiento de Consejero Delegado necesariamente debe constar en escritura pública e inscribirse (artículo 151 RRM).

Declarada nula esta Resolución por la STS (1.ª) de 20 de marzo de 2013, publicada mediante **Resolución de 7 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12278).

Capital social

Resolución de 6 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10132)

Admite la inscripción de una escritura de aumento del capital de una sociedad limitada con aportaciones dinerarias, asumido en parte por una sociedad civil española que se dice constituida por contrato privado y con una determinada Cédula de Identificación Fiscal.

La Dirección no considera necesario entrar en la cuestión de si la sociedad civil tiene o no personalidad jurídica. El objeto propio de la inscripción del aumento de capital social no son los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones, sino la modificación de un dato estructural de la sociedad (el capital social y su representación). Basta con que el título recoja tanto el acuerdo inicial como la manifestación formulada por el órgano social competente acerca del resultado de la asunción y la modificación estatutaria. El artículo 200-3 RRM solo exige que se haga constar en la inscripción la identidad de las personas adjudicatarias de las nuevas participaciones en los casos de aportación no dineraria, compensación de créditos o transformación de reservas o beneficios, pero no en los casos de aportación dineraria.

Cuentas sociales

Resolución de 18 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10277); Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10123); Resolución de 23 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12220); Resolución de 24 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12223)

Recapitulan la doctrina de la Dirección sobre el sentido de la opinión del auditor en el depósito de cuentas sociales. El artículo 3 de la Ley de Auditoría permite distinguir los casos en que el auditor ha llevado a cabo su tarea de los casos en que no ha sido así, de modo que caben cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, favorable con salvedades, desfavorable y denegada.

— Las dos primeras implican que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social, por lo que cabe su depósito. En el otro extremo, tampoco plantea problemas la evaluación del informe con opinión desfavorable, que supone una clara afirmación de que las cuentas no reflejan el estado patrimonial de la sociedad, lo que justifica el rechazo a su depósito. Tal es el caso de la Resolución de 1 de agosto de 2014, donde la opinión desfavorable deriva del efecto muy significativo del considerable número de salvedades que contempla.

— Más problemático es el caso de informe denegado (por ejemplo, por existencia de reservas o salvedades, o por otras razones que impidan pronunciarse al auditor). No toda opinión denegada implica rechazo al depósito. El baremo que debe servir de guía es la finalidad de la norma, que es la protección del interés de los socios, los terceros o del socio minoritario. Por ello, cuando del informe del auditor pueda deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, no debe rechazarse el depósito aun cuando el auditor, por cuestiones técnicas, no emita opinión (por ejemplo, por existir una «incertidumbre significativa» sobre la capacidad de la sociedad para continuar con sus operaciones, debido a su mala situación económica). Ahora bien, si el informe se limita a expresar la ausencia de opinión sin que pueda deducirse racionalmente ninguna información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, el depósito debe denegarse. Es el caso de la Resolución de 18 de septiembre de 2014, donde el auditor deniega el informe por existir «limitaciones al alcance de nuestra auditoría», debidas al incumplimiento por la sociedad de sus obligaciones en materia de formulación de las cuentas. También es el caso de la Resolución de 23 de octubre de 2014 y de la Resolución de 24 de octubre de 2014, donde el auditor deniega su opinión por existir limitaciones al alcance de su auditoría e incertidumbres ocasionadas por la propia sociedad auditada, la cual no ha formulado o suministrado toda la documentación o información precisa.

Resolución de 5 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10131)

Admite la legalización de libros obligatorios de una sociedad abiertos el 1 de enero y cerrados el 31 de diciembre de 2013, presentados en formato papel, a pesar de que en el momento de la presentación ya había entrado en vigor la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores. Ciertamente, con la nueva norma, ya no cabe presentar para su legalización los libros en formato papel, pero esto no debe impedir la legalización de libros de sociedades cuyo ejercicio social comenzó antes de la entrada en vigor de la reforma, pese a que ha terminado con posterioridad.

Resolución de 2 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11099)

La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores, modifica los criterios para que una sociedad pueda formular balance y estado de cambios patrimoniales de forma abreviada, de conformidad con el artículo 257 LSC (en concreto, la nueva norma incrementa los límites relativos al total de las partidas de activo y al importe neto de la cifra anual de negocio). Ahora, la Dirección considera que los nuevos límites no son aplicables al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013.

Resolución de 4 de octubre de 2014 (BOE 264, 31-X-14: 11193)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe de verificación del auditor, al constar inscrita su exigencia como consecuencia del ejercicio por un socio del derecho reconocido en el artículo 265-2 LSC.

Resolución de 4 de noviembre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12513); Resolución de 21 de noviembre de 2011 (BOE 34, 9-II-12: 1919)

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 (artículo 366-1-5.ª RRM).



Resoluciones

Domicilio social

Resolución de 30 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10959)

Deniega la inscripción de una cláusula estatutaria que prevé la celebración de las juntas en la provincia donde la sociedad tiene su domicilio, sin mayor precisión.

Recuerda la doctrina de la Dirección sobre el artículo 175 LSC, el cual dispone que, salvo disposición contraria de los estatutos, la junta se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio; si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada en el domicilio social. La Dirección interpreta la norma: si de la convocatoria no resulta previsión alguna, la junta está convocada para celebrarse en el domicilio social; el convocante puede convocar la junta para celebrarse en otro lugar, siempre que sea dentro del término municipal del domicilio; los estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la junta en otro término municipal distinto al del domicilio social, pero siempre que esté debidamente determinado y se refiera a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor, como una ciudad o un pueblo. Es precepto imperativo, cuyo incumplimiento determina la nulidad de la convocatoria y, por ende, de la junta. Se justifica en el respeto a los derechos de asistencia y voto de los socios.

Índice de entidades de la agencia tributaria

Resolución de 27 de septiembre de 2014 (BOE 260, 27-X-14: 10952)

Deniega la inscripción del cese de un administrador con nombramiento de otro nuevo, por tratarse de una sociedad que ha causado baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria. El cierre registral por falta de depósito de cuentas y el producido por baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria tienen diferente alcance. El debido a falta de depósito de cuentas tiene como excepción el cese de administrador (no así el nombramiento de uno nuevo). Sin embargo, las únicas excepciones al cierre por baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria son la certificación de alta en dicho Índice y los asientos ordenados judicialmente, pero no el nombramiento de administradores, ni su cese o renuncia.

Junta general y sus acuerdos

Resolución de 2 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10126)

Constan inscritos acuerdos de disolución de la sociedad, cese del Consejo de Administración y nombramiento de liquidadores. En atención a un auto judicial que suspende los citados acuerdos inscritos, ahora se pretende inscribir unos segundos acuerdos de reactivación social, ineficacia del nombramiento de liquidadores, cese del Consejo inscrito antes de los acuerdos anulados y nombramiento de nuevo Consejo. La Dirección lo deniega en atención a haberse presentado con posterioridad otro auto judicial que suspende estos segundos acuerdos, así como escritura de unos terceros acuerdos adoptados por el Consejo que estaba inscrito antes de los referidos segundos acuerdos.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el distinto fundamento y alcance del principio de prioridad en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil (que es un registro de personas). Por ello, aunque el

artículo 10 RRM hace una formulación de tal principio (que no aparece a nivel legal), en su aplicación debe interpretarse restrictivamente, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde los principios de legalidad y legitimación tienen fuerza de ley. No cabe acceder a la inscripción solicitada en tanto no sea despejada mediante resolución judicial firme la incertidumbre existente sobre el contenido del Registro.

Resolución de 28 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12225)

Deniega la inscripción de una cláusula estatutaria que prevé convocar las juntas mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste en el libro-registro de socios. Por sí solo, el correo electrónico no es un medio que asegure la recepción del anuncio por los socios, como sí lo son el correo certificado con aviso de recibo o los procedimientos telemáticos con uso de firma electrónica (previstos en el artículo 5 de los estatutos tipo de la Orden JUS/3185/2010 y admitidos también en la Resolución de 23 de marzo de 2011). El sistema propuesto solo sería admisible una vez complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío, como la solicitud de la confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.

Modificaciones estructurales

Resolución de 15 de octubre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11530)

Admite la inscripción de una escritura por la que dos sociedades limitadas segregan determinadas unidades económicas de sus respectivos patrimonios para transmitirlos a otra sociedad limitada que aumenta su capital. Para el Registrador, no procede la inscripción hasta que se garantice o afiance el crédito de un acreedor que se opone.

Ciertamente, según el artículo 44 LME, los acreedores titulares de créditos no vencidos ni garantizados tienen derecho a oponerse a la fusión hasta que se les preste garantía a su satisfacción o se presente fianza solidaria por entidad de crédito. Ahora bien, en caso de no presentarse tales garantías, el acreedor tiene derecho a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición ante el Juez, pero (novedad introducida en la Ley 1/2012) sin que en ningún caso se impida la eficacia del negocio de fusión.

Resolución de 21 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11695)

Deniega la inscripción de una escisión de sociedad anónima por la cual se divide y traspasa todo su patrimonio a dos sociedades anónimas de nueva creación. El administrador expresa que, al haber sido aprobada la escisión por unanimidad en junta universal, y haber sido atribuidas las acciones de las nuevas sociedades a los socios de la sociedad escindida en la misma proporción en que eran únicos socios de esta, no se ha depositado en el Registro Mercantil ni se ha publicado el proyecto de escisión, ni se ha elaborado balance de escisión, informe de administradores ni de expertos independientes. Por una de las sociedades beneficiarias, se acuerda crear una sucursal en Polonia, con designación de sus representantes. Los defectos son los siguientes:



- Es necesario informe de experto independiente sobre valoración del patrimonio no dinerario transmitido a las sociedades beneficiarias, que declare equivalentes el patrimonio aportado y el capital de la sociedad beneficiaria. Ciertamente, el artículo 78-3 LME permite prescindir del informe del experto cuando así lo acuerden todos los socios, pero la Dirección interpreta que la exigencia del informe se establece también en beneficio de los acreedores, por lo que la renuncia de los socios al informe permitida en dicho precepto solo puede referirse a la relación de canje, pero no a la integridad patrimonial de la contraprestación del capital de la sociedad beneficiaria. Eso sí, al tener las tres sociedades los mismos socios con idéntica participación, no es necesario incluir en el proyecto de escisión las menciones sobre información de valoración del activo y pasivo transmitidos, así como sobre la fecha de cuentas de la sociedad escindida (artículo 49 LME).
- La Dirección desestima la alegación del recurrente de que la cifra del aumento queda cubierta por el importe dinerario aportado por los socios (justificado con certificación bancaria), porque la aportación a las sociedades nacidas de la escisión es no dineraria (consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal del patrimonio escindido) y no cabe que el capital de estas sociedades se haya desembolsado mediante aportaciones dinerarias. A pesar de la aportación dineraria, podría ocurrir que, como consecuencia de un valor negativo del patrimonio aportado a cada sociedad beneficiaria, este fuese inferior a su capital social.
- El otorgante debe manifestar bajo su responsabilidad que el deber de información impuesto por el artículo 39 LME se ha cumplido no solo respecto de los socios, sino también respecto de los representantes de los trabajadores, lo cual es independiente de que haya existido acuerdo unánime en junta universal.
- Debe constar la mayoría de edad de los representantes de la cursal, pues es una de las menciones exigidas en los artículos 296-1 y 38 RRM, con independencia de que se abra en el extranjero.
- No es admisible que, habiéndose adoptado el acuerdo de escisión el 15 de mayo de 2014, en él se diga que los efectos contables se entenderán producidos el 1 de julio de 2014. La operación constituye una escisión entre empresas del grupo y, por tanto, le es aplicable la norma 21 del Plan General Contable, según la cual la fecha contable será la del primer día del ejercicio en que se apruebe la escisión, es decir, el 1 de enero de 2014.

Resolución de 5 de noviembre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12515); Resolución de 6 de noviembre de 2014 (BOE 291, 2-XII-14: 12516)

Admite la inscripción de la escisión de una sociedad anónima, aprobada por unanimidad en junta universal, por la que se crean dos sociedades limitadas beneficiarias de las unidades económicas cuyas participaciones son atribuidas proporcionalmente a los socios de aquella. El balance de escisión es anterior a la fecha prevista en el artículo 36 LME y existe un acreedor que se ha opuesto expresamente a la escisión.

El artículo 78 bis LME (cuya redacción actual procede de la Ley 1/2012) dispone que, en caso de escisión con creación de nuevas sociedades cuyas participaciones se atribuyan a los socios en la misma proporción que ostentaban en la sociedad escindida, no serán nece-

sarios los informes de administrador y expertos, así como tampoco el balance de escisión.

En cuanto a la oposición del acreedor, tampoco es obstáculo para la inscripción de la escisión. Es cierto que, según el artículo 44 LME (cuya redacción actual también procede de la Ley 1/2012), los acreedores titulares de créditos no vencidos ni garantizados tienen derecho a oponerse a la fusión hasta que se les preste garantía a su satisfacción o se presente fianza solidaria por entidad de crédito. Ahora bien, en caso de no presentarse tales garantías, el acreedor tiene derecho a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición ante el Juez, pero (novedad de la reforma) sin que en ningún caso se impida la eficacia del negocio de fusión.

La Resolución de 6 de noviembre de 2014 desestima un tercer defecto de la calificación: no hay obligación legal de mencionar en el título la provincia en la que se domicilian las sociedades de nueva creación. Lo que exigen los artículos 9-1 y 23-c LSC es la concreción del domicilio social por determinación del término municipal al que pertenece. Y, una vez presentado el título por los administradores, será el propio Registrador Mercantil quien deberá calificar su propia competencia.

Objeto social

Resolución de 18 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10142)

Admite la inscripción de las siguientes actividades estatutarias: «comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial [...], importación y exportación...», en coincidencia la expresión utilizada con las previstas como estatutos tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010. La Dirección recuerda su doctrina de que basta con que la determinación de actividades acote suficientemente un sector económico o género de actividad mercantil, atendiendo al puro criterio de actividad, sin que sea necesaria la referencia a productos o a un sector económico más específico.

Sin embargo, deniega la inscripción de «actividades profesionales» (pese a recogerse también en los estatutos tipo de la citada Orden), en tanto no se añade expresamente que se trata de actividades cuyo desempeño no entra en el ámbito imperativo de la Ley 2/2007, o que, de entrar, se trata de una sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación; todo ello a la luz de la STS de 18 de julio de 2012, que sienta el carácter imperativo de la Ley de Servicios Profesionales, de modo que, ante las dudas derivadas de la inclusión en el objeto social de actividades que pudieran constituir el objeto de una sociedad profesional o no, debe exigirse la mención expresa de tratarse de una sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación, pues la falta de tal expresión hará entender que se trata de una sociedad sometida imperativamente a la Ley de Servicios Profesionales.

Participación pública

Resolución de 16 de septiembre de 2014 (BOE 245, 16-IX-14: 10274)

Se refiere a la constitución de una agrupación de interés económico formada por cinco sociedades anónimas municipales, estando vigente el plan económico financiero o plan de ajuste aprobado por el Ayuntamiento que participa íntegramente de todas las sociedades.

La Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, modificó la disposición adicional novena de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, en el sentido de prohibir a las entidades locales la constitución o participación en entidades durante el tiempo de vigencia de su plan de ajuste, en aplicación del principio rector del régimen local de estabilidad presupuestaria (artículo 135 CE). Sin embargo, en el caso resuelto, de los certificados expedidos por el Secretario de la corporación resulta que el Ayuntamiento acordó la constitución de la agrupación antes de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013.

Prestaciones accesorias

Resolución de 25 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11514)

Deniega la inscripción de un acuerdo social sobre establecimiento de prestaciones accesorias, vinculadas a ciertas participaciones, por existir discrepancias entre el acuerdo de junta y el texto del modificado artículo estatutario, tanto respecto del contenido de la prestación como de las consecuencias de su incumplimiento. Además, no se expresa en los estatutos de manera concreta y determinada, como exige al artículo 86 LSC, el contenido de la prestación, pues se indica que consiste en la «prestación de servicios», ya sea mediante contrato laboral o de servicios, así como en la «actividad comercial» en España, hasta cierto importe y durante tres años. También se rechaza, por no ofrecer suficientes garantías de imparcialidad, el sistema adoptado para valorar las participaciones del socio separado o excluido por incumplimiento de las prestaciones, que consiste en encomendar la valoración a un experto nombrado por la sociedad, en lugar del auditor de cuentas distinto al de la sociedad nombrado por el Registrador Mercantil que prevé el artículo 353 LSC.

Por el contrario, la Dirección admite la previsión de que la autorización para la transmisión de las participaciones con prestación accesorias pueda otorgarla no solo la Junta (como prevé el artículo 88 LSC), sino también el órgano de administración, lo cual no está expresamente prohibido ni contradice los principios inspiradores de la sociedad limitada. También admite la disposición según la cual las participaciones del socio separado o excluido serán adquiridas por la propia sociedad para su inmediata amortización, por no infringir, sino presuponer, la aplicación de las normas sobre autocartera derivativa y, en particular, el artículo 140 LSC, que exige autorización de la Junta.

Separación y exclusión de socios

Resolución de 28 de julio de 2009 (BOE 227, 19-IX-09: 14870)

La exclusión de socios es un recurso sancionador excepcional consistente en la resolución parcial del contrato social mediante la salida forzosa del socio que ha incumplido alguna regla contractual básica, lo cual desemboca en una reducción de capital. Implica la necesidad de obtener una correcta valoración de la participación del socio excluido. Si tal participación supera el 25 % del capital social y el socio no se conforma con la exclusión, es precisa imperativamente una resolución judicial firme, no siendo suficiente el acuerdo social mayoritario (artículo 95 LSRL). Aunque la sociedad del supuesto tiene en sus estatutos un sistema de valoración de las participaciones del socio excluido, debe aplicarse la norma imperativa del artículo 100-2 LSRL: no constando la conformidad del excluido con la liquidación, la inscripción de la reducción de capital exige que conste en la escritura el valor razonable de sus participaciones, la persona que las haya valorado, el procedimiento seguido y la fecha del informe del auditor (si se hubiera emitido), así como la manifestación de los administradores o liquidadores de que se ha reembolsado el

valor al socio (o consignado su importe en entidad de crédito), acompañando documento acreditativo.

Declarada nula esta Resolución por la Sentencia de 4 de marzo de 2010 del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid, publicada mediante **Resolución de 4 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12264).

Sociedad profesional

Resolución de 21 de diciembre de 2007 (BOE 15-I-08: 691)

Una sociedad limitada se constituye incluyendo en su objeto, entre otras actividades, la gestión administrativa y servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico, y estableciendo que, si para las actividades del objeto la ley exige algún título profesional, deberán realizarse por persona que ostente la titulación requerida. El Registrador deniega la inscripción de esta actividad social por entender aplicables los requisitos de la Ley de Sociedades Profesionales de 15 de marzo de 2007. La Dirección revoca la calificación. Determinar si se trata de una sociedad profesional estricta o de mera intermediación es un problema interpretativo que resuelve en este último sentido, pues así puede inferirse de otras cláusulas de la escritura y así lo alega en su recurso el Notario autorizante, a quien corresponde legalmente plasmar en la escritura la voluntad informada de los otorgantes (artículos 17 y 24 LN).

Anulada por la STS (1.ª) de 18 de julio de 2012, publicada mediante **Resolución de 7 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12281).

SUCESIONES

Resolución de 13 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10140)

Un británico otorgó testamento en España instituyendo heredera a su segunda esposa, sustituida en caso de premoriencia por los dos hijos del testador habidos de sus primeras nupcias. Sobre la base de este testamento, ahora la Dirección declara inscribible la escritura de adjudicación de su herencia a favor de su segunda esposa. El patrimonio relicto está formado por un vehículo y un inmueble que fue, en cuanto a una mitad, comprado por el causante y, en cuanto a la otra, heredado de su primera esposa.

Para la Dirección, esta sucesión se rige por la Ley británica, pero no por entender que el causante así lo eligió tácitamente en la vía del artículo 83 del Reglamento Europeo de Sucesiones (650/2012), ya que esta norma solo se aplica a personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015 y, además, el Reino Unido no participa en su adopción. Resulta aplicable el artículo 9-8 CC, que remite a la Ley personal del causante, esto es, la británica, la cual prevé un régimen distinto para los bienes muebles y los inmuebles, reenviando respecto de los segundos a la Ley de su situación, que, en este caso, sería la española (único reenvío admitido por el artículo 12-2 CC). Ahora bien, por aplicación de los principios de unidad y universalidad de la herencia, la jurisprudencia (SSTS de 15 de noviembre de 1996, de 21 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002) no admite el reenvío cuando fracciona la sucesión. En consecuencia, en este caso, deben aplicarse las normas sobre libertad de testar propias del Derecho inglés, frente a las restricciones impuestas por la Ley española, no solo en cuanto a legítimas, sino también respecto a la reserva viudal del artículo 968 CC.

Resolución de 14 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10141)

Rechaza la inscripción de una escritura de herencia por no constar apostillado ni legalizado el certificado de defunción de la viuda, a cuyo



favor legó el causante el usufructo vitalicio de una finca. El certificado procede de Estados Unidos (Estado de Maine), que no es parte de ninguno de los convenios internacionales que permitirían exonerar al documento de todo trámite destinado a garantizar su autenticidad (convenios 16 y 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil, aplicables a los certificados del Registro Civil; el Reglamento UE 44/2001, que exonera de legalización o apostilla a las resoluciones judiciales o extrajudiciales en el ámbito del espacio de Justicia, y el Reglamento UE 2201/2003, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias matrimoniales y parentales). Ahora bien, en el caso resuelto, la autenticidad formal del certificado extranjero aportado sería fácilmente verificable mediante la presentación del testimonio de la sentencia firme española donde se concluye como hecho probado la defunción de la usufructuaria (documento que fue aportado después y que la Dirección no tiene en cuenta para la resolución del recurso).

Resolución de 15 de septiembre de 2014 (BOE 245, 9-X-14: 10272)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia otorgada solo por la viuda y los herederos, por falta de intervención de los legitimarios, cuya legítima estricta les había sido legada en metálico y respecto de la cual no hay observación alguna en la escritura.

Es pacífica la doctrina que considera que, en Derecho común, la naturaleza de la legítima es la de una *pars bonorum* o, en su caso, *pars hereditatis*. Incluso en los preceptos relativos al pago en dinero de la legítima se exige conformidad de todos los interesados en la sucesión, a fin de establecer la valoración de la parte reservada (artículo 847 CC). A falta de contador-partidor, es imprescindible la concurrencia del legitimario en la partición.

Resolución de 2 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11095)

El testador legó a su hijo su legítima estricta, ordenando la colación de todo lo que le hubiera sido donado en vida y que este legado se haga efectivo con el usufructo de determinado bien; con subordinación al anterior legado, lega a su viuda el usufructo universal, e instituye heredera universal a su hija. Ahora, la Dirección declara inscribible la escritura de herencia en la que se expresa: que el hijo recibió en vida por donación de su padre un valor superior al importe de su legítima; que, no obstante, se le adjudica el usufructo que le ha sido legado, y que, con esa adjudicación y las demás realizadas a los otros interesados, todos ellos quedan pagados de sus derechos en la herencia. Los herederos mayores de edad, capaces y que tengan la libre administración de sus bienes pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente (artículo 1058 CC). En cuanto a la adjudicación al hijo, constan todos los elementos negociales que deben ser objeto de calificación; en concreto, la causa está expresada al decir que el exceso del hijo no debe ser objeto de compensación (según los términos del artículo 1274 CC, la causa será la mera liberalidad del bienhechor).

Resolución de 6 de octubre de 2014 (BOE 269, 6-XI-14: 11456)

Confirma la nueva doctrina de la Dirección: en la partición de herencia, cuando algún heredero sucede por derecho de transmisión, no es precisa la intervención del cónyuge viudo del transmitente. Esta doctrina se basa en la STS de 11 de septiembre de 2013, según la cual el derecho de transmisión del artículo 1006 CC no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el *ius delationis* de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional, de modo que los

transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, suceden directamente al causante en su herencia (la del transmitente es otra sucesión). La consecuencia es que, en la división de la herencia que motiva este recurso (la del primer causante), no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente, sino únicamente la de los transmisarios.

Así, la Dirección declara inscribible una escritura de herencia en la que no interviene el cónyuge de un hijo fallecido después de los causantes, pero lo hace en virtud de la nueva doctrina expuesta, aunque rechazando por errónea la alegación del recurrente basada en que las transmisarias han hecho constar en la escritura que optan por conmutar con dinero el usufructo de su madre viuda, en aplicación de la facultad que les atribuye el artículo 256 de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Además de que tal precepto exige el consentimiento del viudo para la conmutación, esto sería aplicable respecto de la herencia del hijo transmitente, pero no respecto de la herencia de los causantes iniciales, en la cual la viuda de su hijo no es legitimaria.

Resolución de 26 de septiembre de 2014 (BOE 270, 7-XI-14: 11520)

El testador legó a dos hijos un inmueble en pago de su legítima, con sustitución vulgar en sus descendientes, e instituyó heredero a otro hijo. Uno de los dos legatarios renunció al legado. Ahora, la Dirección admite la inscripción de una escritura de herencia en que se hace efectiva la sustitución vulgar y se entrega el bien legado a los hijos del renunciante y al otro legitimario, más un complemento en metálico de la legítima.

En general, la renuncia de un legitimario, habiendo establecido el testador sustitución vulgar, extingue la legítima sobre su estirpe. El artículo 813-2 CC prohíbe al testador gravar la legítima con «sustitución de ninguna especie», norma que la Dirección interpreta según su finalidad, que es no perjudicar las legítimas: la prohibición no rige en las sustituciones pupilar y ejemplar (que son una designación de heredero hecha por comisario), pero sí rige para las sustituciones fideicomisarias y para la sustitución vulgar (que perjudicaría a la legítima de los demás legitimarios). La sustitución vulgar en relación con un legitimario solo cabe en relación con el tercio libre, o para mejorar a algún legitimario, o cuando los sustitutos son los colegitimarios del renunciante o colegitimarios de otro grado (por ejemplo, cuando renuncia el legitimario único y los sustitutos son sus hijos).

Ahora bien, en el caso resuelto, todos los interesados están de acuerdo en atribuir a los nietos el montante que les hubiera correspondido de mantenerse la posición de la estirpe, lo que se refuerza con el suplemento en metálico que ellos reciben en concepto de legítima, y es perfectamente posible según el artículo 1058 CC. En tanto no haya una sentencia que anule la cláusula testamentaria, regirá el acuerdo de los interesados.

Resolución de 3 de febrero de 2012 (BOE 52, 1-III-12: 2924)

Rechaza la inscripción de un acta notarial por la que se protocoliza un auto judicial que aprueba una partición hereditaria, porque, además de faltar algunas de las circunstancias personales de varios de los adjudicatarios (artículos 9 LH y 51 RH), ni se acompaña ni se inserta (de modo íntegro o en relación) el auto judicial de herederos *ab intestato*.

Declarada nula esta Resolución por la Sentencia de 15 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cáceres, publicada mediante **Resolución de 7 de noviembre de 2014 (BOE 286, 26-XI-14: 12277)**.



Resoluciones

Resolución de 21 de noviembre de 2014 (BOE 300, 12-XII-14: 12942)

Declara inscribible una escritura por la cual dos personas, actuando ambas a la vez como adquirentes y como únicas herederas testamentarias del transmitente, elevan a público un acuerdo privado por el cual este les «vendió» una finca a cambio de un precio consistente en una renta vitalicia, el pago de cuyos plazos se acredita con sus justificantes, salvo diez cuotas pendientes que se extinguen por confusión de derechos.

Estos adquirentes-herederos eran hermanos del causante, el cual había desheredado a sus hijos en el testamento. Pero la existencia de legitimarios desheredados no impide la inscripción. A falta de conformidad de todos los afectados, el testamento solo deja de ser eficaz si hay previa declaración judicial.

Tampoco es obstáculo la falta de incorporación del documento privado firmado por el causante. Hay que tener en cuenta que en la escritura calificada se testimonian justificantes que contienen la firma del causante, la cantidad recibida y el concepto del pago, y que en la escritura no solo se reconoce el negocio, sino que se ratifica plena y expresamente, por lo que su contenido no solo es confesorio, sino también volitivo, por lo cual ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, el de reputarse título inscribible.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 2 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10127)

Se presenta sentencia de un Juzgado de lo Mercantil dictada en incidente dentro de un procedimiento concursal seguido contra la concursada y quien le compró una finca, en la cual se declara la rescisión de la venta y de «*los actos coetáneos y posteriores realizados*», ordenándose la cancelación de los asientos registrales producidos por la compraventa. La Dirección admite la cancelación de la inscripción registral de dominio, pero no la de una hipoteca posterior, al no haber sido el acreedor hipotecario parte en el procedimiento, ni haber sido anotada preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a la hipoteca.

Resolución de 8 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10139)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución de títulos cambiarios, por estar la finca inscrita a favor de tercero que no ha sido demandado ni citado en el procedimiento, habiendo, además, caducado previamente la anotación preventiva de embargo decretada en el mismo procedimiento de ejecución.

La Dirección recuerda su nueva doctrina, que flexibiliza los requisitos de tracto respecto de los documentos judiciales, a raíz de la STS de 16 de abril de 2013: la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal y la llamada a terceros registrales corresponde al órgano judicial que ejecuta la resolución, quien será el competente para determinar si ha existido o no la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión. Así, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los titulares (artículo 82 LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien aprecie en cada caso concreto si aquellos han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula y si concurren

o no circunstancias dignas de protección. Ahora bien, nada de esto resulta del título calificado.

Resolución de 2 de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11096)

Deniega la inscripción de un expediente de dominio para reanudación de tracto, por estimar procedentes las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca, a consecuencia de las diferencias descriptivas entre el Registro y el título.

En principio, las dudas registrales sobre la identidad de la finca no pueden impedir la inscripción de un expediente de dominio, donde este juicio y, en general, la valoración de la prueba corresponden exclusivamente al Juez. Como regla general, en el ámbito del expediente de dominio, el Registrador solo emite juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación inicial. Si no las expresó, no puede plantearlas después al presentarse el auto, salvo que en tal momento el Registrador tenga ya dudas, sino la certeza de que la finca objeto del expediente sea distinta de la inscrita, que es lo que ocurre en el supuesto resuelto, donde, entre la emisión de la certificación registral al inicio del procedimiento y la presentación del título, accedió otro que pone de manifiesto la existencia de una segregación intermedia, de modo que la identificación de la finca que consta inscrita es incompatible con la contenida en el auto calificado.

Resolución 2 de de octubre de 2014 (BOE 263, 30-X-14: 11098)

Deniega la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para reanudación de tracto, por existir verdadera interrupción del mismo. El expediente de dominio es un medio excepcional que solo 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 cuando, como en el supuesto resuelto, el promotor había comprado en documento privado al heredero del titular registral.

Resolución de 21 de octubre de 2014 (BOE 274, 12-XI-14: 11697)

Califica un expediente de dominio que, pese a autocalificarse como *de inmatriculación*, lo es realmente de reanudación de tracto, al tener por objeto una parcela procedente de una finca inscrita. La inscripción se rechaza por dos defectos: falta de citación al titular registral, exigida por el artículo 285 RH, específicamente referido al expediente de reanudación, y falta de expreso pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias.

Resolución de 23 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12219)

Deniega la inscripción de un auto que ordena la reanudación del tracto interrumpido, por resultar del propio título calificado que el promotor adquirió la finca por compra al heredero del titular registral.

Es doctrina reiterada que el expediente de reanudación de tracto es un medio excepcional que solo 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. En el supuesto resuelto, el título del promotor existe: escritura de herencia del titular registral y compra al heredero. Lo que falta es la inscripción del título, por existir defectos subsanables en la herencia (falta de ratificación de algunos herederos y aportación de la declaración de herederos). Lo procedente es la subsanación de



los defectos, un nuevo otorgamiento o acudir a un procedimiento declarativo sobre la validez del título (artículos 40 y 66 LH).

Resolución de 17 de agosto de 2009 (BOE 234, 28-IX-09: 15392)

Deniega la inscripción de un auto judicial recaído en expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido, porque, además de faltar varias de las circunstancias personales exigidas por el artículo 51 RH y no haber sido ni siquiera citado el titular registral, tampoco consta el nombre del transmitente y el de su causante, circunstancia necesaria para que el Registrador pueda calificar la procedencia de este procedimiento, que no cabe cuando se haya adquirido del titular registral o «de aquel de quien este haya heredado la finca».

Declarada nula esta Resolución (salvo en cuanto al defecto de falta de aportación de datos personales del artículo 51 RH) por la Sentencia de 23 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia (7.^a), publicada mediante **Resolución de 5 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12269).

Resolución de 11 de febrero de 2012 (BOE 58, 8-III-12: 3290)

Deniega la inscripción de un auto recaído en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, por el cual el Juzgado suple la voluntad del vendedor demandado en la venta a favor del actor, porque la finca consta inscrita a nombre de personas distintas a la sociedad demandada, las cuales no han sido parte en el procedimiento.

Esta Resolución ha sido anulada por la Sentencia de 27 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Málaga, publicada por **Resolución de 7 de noviembre de 2014** (BOE 286, 26-XI-14: 12279).

Resolución de 11 de noviembre de 2014 (BOE 294, 5-XII-14: 12668)

Suspende la inscripción de una sentencia declarativa de dominio adquirido por usucapión. Siempre que un procedimiento afecte a la titularidad registral, ha de ser demandado el titular o sus herederos acreditados. En este caso, si bien la sentencia se refiere a los demandados como herederos del titular, no hace mención del título sucesorio que lo acredite, ni queda tampoco acreditada la inexistencia de otros herederos. Bastaría para estas acreditaciones con aportar el título sucesorio.

Resolución de 18 de noviembre de 2014 (BOE 294, 5-XII-14: 12671)

Suspende la práctica de una anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de persona jurídica distinta de la demandada. El principio de tracto sucesivo exige una total correspondencia entre el titular registral y el demandado no solo en cuanto a su denominación, sino también en cuanto a su Código de Identificación Fiscal. Corresponde a los tribunales aplicar la teoría del levantamiento del velo y valorar la identidad final de los socios de la titular registral.

Resolución de 25 de noviembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13216)

En general, para poder inscribir un título, este ha de estar otorgado por el titular registral o resultar de un procedimiento dirigido contra él. Pero el mismo principio de tutela judicial efectiva impone admitir la anotación cuando su no práctica produzca indefensión para el demandante. Así, en resoluciones anteriores, la Dirección admitió la práctica de anotaciones preventivas de demanda por las que se pedía la resolución de una transmisión

inmobiliaria, pero con la especialidad de que aún no se había inscrito esta y, por tanto, la finca figuraba aún inscrita a nombre del demandante.

Por el contrario, en el supuesto ahora resuelto, del mandamiento calificado no puede venirse en suficiente conocimiento del derecho sobre el que debe practicarse la anotación de querrela, rigiendo, por tanto, subsidiariamente, el principio general de tracto. En consecuencia, se suspende una anotación preventiva de querrela contra el anterior titular registral y el Director de un Banco por delito de estafa impropia, consistente en la formalización por ambos de un préstamo hipotecario otorgado nada más transmitir al actual titular (querellante), pero inscrito antes de que este inscribiese su propia adquisición.

Resolución de 26 de noviembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13217)

Deniega la inscripción de un acta de notoriedad para reanudación de tracto. Ciertamente, el promotor adquirió de uno de los cotitulares y existe documentación (escrituras de división, segregación y transmisión) que conecta la titularidad adquirida con la titularidad registral a favor del transmitente. Sin embargo, esto no sería obstáculo a la inscripción, pues esta documentación ha sido calificada negativamente por el Registrador, al faltar el consentimiento de algunos de los titulares, de modo que los promotores carecen de acción para obtener título formal contra todos los cotitulares. No obstante, la inscripción se deniega porque el Notario se limita a afirmar que se han realizado las notificaciones de forma personal y fehaciente, sin que nadie haya comparecido para formular oposición. Tal afirmación no vale como «relación suficiente» que permita al Registrador verificar el contenido de la notificación y su efectiva realización.

TUTELA

Resolución de 28 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12224)

Deniega la inscripción de una escritura de venta en la que uno de los vendedores está incapacitado mediante sentencia que le declara privado de suficiente capacidad de obrar para realizar por sí solo actuaciones patrimoniales complejas, de modo que en la escritura de venta firma (junto con el incapacitado) su tutor.

El primer defecto es la falta de inscripción en el Registro Civil de la sentencia de incapacitación y del nombramiento de tutor. Los datos relativos al estado civil de las personas, cuando afecten a la titularidad de los derechos inscritos o a la titularidad de los otorgantes, deben ser acreditados, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, mediante certificación de su previa inscripción en el Registro Civil. El artículo 218 CC establece que las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares deberán inscribirse en el Registro Civil, de modo que no serán oponibles a terceros hasta que se inscriban. Ciertamente, la legislación sobre el Registro Civil no resuelve expresamente la cuestión de si el cambio de estado civil no registrado puede o no perjudicar a terceros de buena fe, pero la Dirección entiende que, en caso de conflicto de intereses referidos a bienes inmuebles o derechos reales, deben tener preferencia los criterios que resultan del Registro de la Propiedad, como órgano oficial establecido para su publicidad, exigiendo la prueba de la previa inscripción en el Registro Civil de la sentencia de incapacitación y del nombramiento de tutor, al tratarse de ma-



Resoluciones

teria que afecta a la legitimación de los comparecientes y, por ello, determina la validez de la compraventa. La admisión supletoria de otros medios de prueba es excepcional y no resulta admisible extraprocesalmente.

El segundo defecto es la falta de autorización judicial para la venta. La sentencia sujeta al incapacitado a tutela, no a curatela; entre los actos que no puede realizar por sí solo, incluye, sin duda, la venta de inmuebles, y la resolución sujeta la función tutelar a lo dispuesto en los artículos 259 y ss. CC (el artículo 271-2.º CC exige autorización judicial para la venta de inmuebles).

URBANISMO

Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10124)

Admite la prórroga de una nota marginal que publica el inicio de un expediente de compensación urbanística y la afección de las fincas a las resultas del mismo (artículo 5 del Real Decreto 1093/1997), pese a que la nota había sido ya objeto de varias prórrogas sucesivas. Aunque la norma prevé la posibilidad de *prórroga* (en singular), la Dirección admite la pluralidad de *prórrogas*, atendiendo a la finalidad de la nota, que es coordinar el Registro con el proceso urbanístico, el cual se desarrolla extrarregistralmente. Impedir sucesivas prórrogas implicaría que los titulares posteriores a la primera nota (quienes, aun advertidos por la misma de la existencia del procedimiento urbanístico, no se personaron en él) deberían ser llamados ahora a su desarrollo, con su consiguiente ralentización.

USUCAPIÓN

Resolución de 5 de diciembre de 2014 (BOE 306, 19-XII-14: 13222)

En su día, la Resolución de 24 de abril de 2014 (BOE 131, 30-V-14: 5691) denegó la inscripción de un «*acta de reconocimiento de derecho*», otorgada en 2011, por la cual la Diputación Provincial de Cádiz, como titular registral de una finca, manifestó que la había adjudicado en 1967 a una señora, quien falleció en 1983, pasando a ser poseída la finca desde entonces por el hijo del marido de la fallecida, en cuyo favor reconoce ahora la Diputación el dominio como usucapiente. A falta de otros datos, la Dirección interpretó que se invocaba la usucapión extraordinaria por posesión durante treinta años. Este plazo aún no había transcurrido al tiempo de otorgar la escritura calificada, que había sido ya entonces presentada por primera vez y calificada negativamente por esta razón. Al tiempo de esta Resolución, fue vuelta a presentar, pero la Dirección exigió nueva manifestación de la entidad titular, relativa al cumplimiento del plazo de prescripción. El recurso a la prescripción debe considerarse excepcional. La posibilidad de que existan terceros perjudicados no intervinientes (no se sabe el título que rigió la sucesión de la adjudicataria, ni si existen personas con derecho a compartir la titularidad de la vivienda) limita el recurso a la prescripción en el ámbito extrajudicial, dados los estrechos cauces que tienen el Notario y el Registrador para apreciar el carácter hábil de la posesión. Además, nuestro sistema de transmisión de dominio es causalista y no permite una transmisión abstracta basada en el mero reconocimiento de dominio.

Ahora se presenta de nuevo esta acta, acompañando a una nueva «*escritura*» en la que el interesado solicita la inscripción a su nombre, tras afirmar que reúne los requisitos de la usucapión extraordinaria y aportar determinadas pruebas testificales y documentales. La Dirección deniega la inscripción sobre la base de los mismos argumentos, a los que añade la falta de aptitud del título presentado para producir la inscripción: el artículo 17 LN distingue entre escrituras y actas en razón de su contenido. El título presentado, pese a autocalificarse como *escritura*, no tiene tal naturaleza (no contiene voluntad negocial de la que resulta título traslativo o declarativo del dominio u otro derecho real), sino que es un acta de manifestaciones y referencia. De la documentación presentada, resulta que el Pleno de la Diputación Provincial de Cádiz acordó transigir con el interesado para evitar la reclamación civil, otorgando a su favor el título de adquisición de la finca. Pero no se ha otorgado el correspondiente contrato de transacción (que sí sería inscribible), sino que se ha optado por la vía de la prescripción, que debe ser apreciada por los Tribunales.

VIVIENDA FAMILIAR

Resolución de 24 de octubre de 2014 (BOE 285, 25-XI-14: 12221)

Recapitula doctrina sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, que no es un derecho patrimonial, sino familiar, lo cual permite disociar entre el titular del derecho (normalmente, el cónyuge a quien se atribuye la guardia y custodia de los hijos) y los beneficiarios del mismo (también los hijos). No cabe el reflejo registral de la titularidad del derecho de uso a favor de los beneficiarios, sino solo a favor de su titular o titulares. El derecho de uso confiere a su titular las facultades de ocupación provisional y temporal, así como de limitar del ejercicio de las facultades dispositivas del dueño, facultades que quedan subsumidas o comprendidas en la propia titularidad dominical de la finca. Por tanto, si como consecuencia de la liquidación de gananciales la vivienda es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular del derecho de uso, este queda extinguido (Sentencia de 3 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Asturias), y carece de interés el reflejo registral del derecho de uso cuando su titular ostenta también el dominio (también resoluciones de 6 de julio de 2007 y de 19 de septiembre de 2007). Y, del mismo modo, las resoluciones de 9 de julio de 2013, de 14 de mayo de 2009 y de 10 de octubre de 2008 denegaron la inscripción del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges (solo o conjuntamente con los hijos), que, a su vez, era también propietario.

Ahora bien, en el caso resuelto, por el contrario, la Dirección admite la inscripción de un derecho de uso sobre vivienda ganancial, pactado en convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, a favor de la esposa y la hija hasta que esta alcanzase independencia económica, quedando pospuesta la liquidación de la sociedad de gananciales. El derecho de uso de la vivienda familiar tiene un contenido más intenso que la cotitularidad ganancial: mientras que el primero tiene carácter excluyente respecto del cónyuge no adjudicatario, en toda situación de comunidad (y, por ende, en la sociedad de gananciales), el derecho de cada comunero a servirse de la cosa común está limitado por el derecho de los demás.

Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas desde el tercer trimestre de 2013 hasta el cuarto trimestre de 2014

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

ALODIO

El alodio es equiparable a la enfiteusis

MENCIÓN

Pueden cancelarse las menciones que en la fecha de entrada en vigor de la Ley Hipotecaria tengan quince años o más

Resolución JUS/1800/2013, de 27 de julio (DOGC de 20 de agosto de 2013)

Resumen: El propietario de una finca rústica presenta una instancia en el Registro de la Propiedad para cancelar un alodio del Monasterio de Poblet que grava la finca, por aplicación de la DT 3.ª de la Ley de Censos de 1990. El alodio solo aparece mencionado en las sucesivas inscripciones, sin que figure registrado en ninguna de ellas el acto constitutivo del mismo. La Registradora exige el consentimiento del titular de la carga.

La DGDEJ permite la cancelación sin dicho consentimiento. Pero ¿qué es un alodio? (en catalán, *alou*). La DG nos explica que es una palabra de origen germánico, hoy en desuso, que en la época feudal denominaba la propiedad que se tenía como íntegra, de modo que tener la tierra en alodio significaba tener la tierra como libre, teniendo tanto el dominio directo como el útil. Pero una cosa es tener la finca en alodio y otra es tenerla en alodio de alguien, lo que es equivalente a tenerla por concesión del señor feudal, es decir, como censatario de un único dueño directo, sin ningún señor intermedio. La DGDEJ equipara el alodio a la enfiteusis.

El hecho fundamental para resolver este recurso es que el Registro se refiere a la carga sin haberse aportado ningún título de constitución, por lo que nos hallamos en presencia de una mención, que la DG define como la constancia accidental en el seno de una inscripción registral de un derecho o carga no inscrito específicamente según el principio de especialidad, sino reconocido o alegado por terceros a favor de personas que no habían sido parte en el título. Según la DT 1.ª de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la Ley Hipotecaria, «*caducan y no tienen ningún efecto, y han de ser canceladas de oficio o a instancia de parte [...] A) Las menciones de cualquier clase que el 1 de julio de 1945 tengan 15 años...*», requisito que se cumple en el caso presente. A mayor abundamiento, incluso si se considerase que se trata de una inscripción y no de una simple mención, podría practicarse la cancelación del censo por aplicación de la DT 13.ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil, al no haberse acreditado su vigencia en el plazo de los cinco años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 6/1990, de los censos.

LEGÍTIMA

Los acreedores del legitimario no pueden embargar el caudal relicto en garantía de sus créditos

Resolución JUS/1801/2013, de 29 de julio de 2013 (DOGC de 20 de agosto de 2013)

Resumen: Se plantea si los acreedores de un legitimario sujeto al Derecho Civil catalán pueden, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, instar una anotación preventiva de embargo sobre los bienes de su causante. La cuestión ya fue resuelta, en sentido nega-



Resoluciones

tivo, por la RDGDEJ de 5 de junio de 2013. En la presente resolución, la DG reitera el argumento de que la legítima es un simple derecho de crédito, un derecho a obtener un valor patrimonial en la sucesión del causante, pero en ningún caso un derecho a una cuota global sobre el patrimonio del causante. Además, desde la Ley 8/1990, se suprimió el concepto de *afección real* y el recurso a la llamada *mencción legitimaria* del art. 15 LH como medida de protección de los legitimarios, lo que da a entender que el «espíritu» de la normativa civil sobre la legítima no es precisamente el de aumentar su protección registral. Añade la DG que, en Cataluña, los legitimarios no ostentan la condición de sucesores del causante y los derechos que les corresponden no son derechos hereditarios en sentido estricto, no están sujetos al mismo régimen que los derechos legitimarios, ya que no son susceptibles de concretarse de forma directa e inmediata en bienes de la herencia.

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES

Presentada en el Registro de la Propiedad una escritura por la que se pretende rectificar un error material de una inscripción. Si el Registrador no consiente la rectificación, solo cabe acudir a la vía judicial

Resolución JUS/1802/2013, de 30 de julio (DOGC de 20 de agosto de 2013)

Resumen: El testador, fallecido en 1943, había dispuesto una sustitución fideicomisaria por la que sus hijos/fiduciarios solo podían disponer *mortis causa* de los bienes a favor de sus respectivos hijos/fideicomisarios, pero, si fallecían sin hijos, los bienes pasarían a los hermanos de los fiduciarios. Al fallecimiento del testador, los fiduciarios transmitieron una de las fincas y la liberaron del gravamen fideicomisario con cargo a la cuarta trebeliánica, pero renunciaron a la inscripción de esta liberación. Posteriormente, los herederos de una de las fideicomisarias acreditaron el fallecimiento de los fiduciarios con hijos, incluyeron la finca transmitida en la herencia de su causante/fideicomisaria y obtuvieron la inscripción a su nombre, pero se inscribió como «derecho al fideicomiso» y no como pleno dominio, por lo que los interesados recurrieron ante la DGDEJ, que no admitió el recurso, ya que este solo puede interponerse contra calificaciones negativas, no contra inscripciones practicadas (RDGDEJ de 29 de noviembre de 2011). Ante esta situación, los interesados otorgan ahora una escritura «complementaria» de la anterior, en la que solicitan la práctica de «una nueva inscripción de dominio» con base en el art. 23 LH, por entender que los fideicomisos familiares implican una condición resolutoria, la cual se cumplió al fallecer el fiduciario con hijos, condición que era conocida por los adquirentes de la finca cuando la adquirieron.

El Registrador deniega la inscripción por considerar que la escritura complementaria no es realmente un título que provoque una modificación jurídica real, que solo contiene la solicitud de nueva inscripción de un título que ya está inscrito y que está bajo la salvaguarda de los Tribunales. También entiende que la cuestión ya fue resuelta por la Resolución de 29 de noviembre de 2011. En el recurso se da audiencia a los causahabientes de quienes adquirieron la finca de los fiduciarios, quienes se oponen a la inscripción a favor de los herederos de la fideicomisaria con base en el pacto de liberación del fideicomiso con cargo a la cuarta trebeliánica.

La DGDEJ se declara incompetente para resolver el recurso. En primer lugar, acepta a trámite el recurso por cuanto la Resolución de 29 de noviembre de 2011 no resolvió la cuestión material debatida y dada la presentación de un nuevo título formal. A continuación, examina la sustitución fideicomisaria y acepta la existencia de un fideicomiso condicional por haber sido dispuesto para después de la muerte del fiduciario (art. 163 CCDC) y que, a efectos registrales, funciona como una condición resolutoria, por lo que es aplicable el art. 23 LH. Ahora bien, considera que los fideicomisarios no pueden hacer suyos los bienes gravados por su propia autoridad (el art. 208 CDCC habla de que los fiduciarios tienen que entregar la posesión), sino que se requiere «el conocimiento y la colaboración» de los adquirentes de los bienes. Finalmente, entiende que la escritura calificada contiene una petición de rectificación de un asiento registral alegando un error de concepto, cuestión en la que la DG decide no entrar, ya que se trata de una inscripción vigente y remite a los interesados a la vía judicial con base en el art. 217 LH.

Comentario: Con posterioridad a esta resolución, en 2014, uno de los fideicomisarios (hijo de la misma fiduciaria y tío de los interesados en este recurso) otorga una escritura en la que solicita la inscripción a su nombre de la participación indivisa que le corresponde sobre la misma finca. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador suspende la inscripción, lo que da lugar al correspondiente recurso y a la Resolución JUS/1356/2014, de 12 de junio, comentada en este mismo número, en la que la DG accede a la inscripción a favor del fideicomisario en pleno dominio. En esta resolución, la DG entra en el fondo del asunto (ya que se recurre una nota de calificación negativa) y cambia ligeramente el criterio de exigencia de los adquirentes, respecto de los cuales se conforma con que tengan conocimiento del cumplimiento de la condición, para que se pueda practicar la inscripción de la finca en concepto de libre a favor del fideicomisario (por lo tanto, sin exigir su «colaboración»), criterio que juzgo más acorde con los principios registrales, a salvo de las cuestiones civiles que puedan resolverse judicialmente.

CÉDULA DE HABITABILIDAD

Es exigible en caso de aportación de vivienda a una sociedad

Resolución JUS/2316/2013, de 25 de octubre (DOGC de 13 de noviembre de 2013)

Resumen: En escritura de aumento de capital, se aportan varias viviendas sin acompañar las correspondientes cédulas de habitabilidad, que son exigidas por el Registrador de la Propiedad. El interesado recurre la nota de calificación argumentando que no se ha realizado una transmisión de viviendas a terceros, sino una reestructuración empresarial por la que, en el patrimonio del aportante, se ha producido una simple transposición patrimonial, disminuyendo la rúbrica que representa a los inmuebles y aumentando la partida que refleja las inversiones hechas en sociedades.

La DGDEJ desestima el recurso. Después de recordar los supuestos en que no es necesaria la cédula según su propia doctrina (transmisiones no voluntarias, a título gratuito, negocios entre copropietarios y actos de sucesión universal o particular entre vivos), considera que la operación de este supuesto de hecho no es una modificación estructural de una sociedad, ni una operación que quede dentro de la esfera privada de la misma



persona, sino una transmisión onerosa totalmente voluntaria entre una persona física y una persona jurídica, por lo que el negocio jurídico calificado no está incluido en ninguno de los actos en que se considera no exigible la aportación de la cédula. Por otra parte, reitera su propia doctrina (RRDGDEJ de 20 de abril de 2010 y de 5 de enero de 2012) de que la obligatoriedad de entregar la cédula de habitabilidad en el momento de transmitir una vivienda viene configurada por la ley, además de como una norma de protección del adquirente, como un mecanismo de control de la existencia efectiva de la cédula y del cumplimiento de la obligación de renovarla periódicamente para garantizar la calidad y la efectiva viabilidad del parque de viviendas de Cataluña.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La modificación de estatutos que suprime el derecho de los propietarios de los locales comerciales a hacer pasar ciertas instalaciones por los elementos comunes requiere su consentimiento

Resolución JUS/2299/2013, de 28 de octubre (DOGC de 11 de noviembre de 2013)

Resumen: La Junta de Propietarios adopta, por mayoría superior a las cuatro quintas partes de los propietarios asistentes (notificada a los no asistentes sin impugnación alguna), el acuerdo de exigir la conformidad de la comunidad para instalar chimeneas o conductos de ventilación, aireación, refrigeración o extracción de humos que atraviesen o discurran por los patios de luces del edificio, cuando anteriormente los propietarios de los locales comerciales tenían estatutariamente la facultad de proceder a dicha instalación sin exigir el consentimiento de la comunidad.

La Registradora suspende la inscripción de la escritura porque no consta si entre los propietarios que votaron en contra del acuerdo o se abstuvieron hay alguno que sea propietario de un local comercial.

El Presidente de la comunidad interpone recurso alegando que no es aplicable el art. 453-25.4 CCCat («Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente»), ya que este precepto se aplica solo a los acuerdos que restrinjan de forma notoria e importante los derechos de uso y disfrute del copropietario.

La DGDEJ confirma la nota de calificación, pues requiere que entre los propietarios que votaron a favor del acuerdo se encuentren los que lo son de los locales comerciales. Basa esta afirmación en que el art. 553-25.4 no requiere que la limitación de las facultades de los propietarios sea notoria e importante, sino que basta con cualquier limitación; aunque admite que los Tribunales pueden admitir la necesidad de ponderar el consentimiento del copropietario afectado para evitar que se convierta en un derecho de veto absoluto, dicha ponderación no corresponde a la comunidad de propietarios, sino a los Tribunales.

INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

El criterio fundamental para conocer la voluntad del testador es el literal o gramatical; solo en caso de oscuridad, duda, ambigüedad o contradicción, debe acudir a otros elementos interpretativos

LEGADO DE UNIVERSALIDAD DE BIENES

Su aceptación no puede ser parcial y, si no se ha manifestado alguno de los bienes, es responsabilidad del heredero

Resolución JUS/2444/2013, de 29 de octubre (DOGC de 26 de noviembre de 2013)

Resumen: En testamento otorgado en 1970, el testador, fallecido en 1997, ordenó un legado a favor de sus hijos de todas las fincas rústicas situadas en Biure, haciendo constar el nombre de las partidas donde estaban situadas y, finalmente, la expresión «o sea, todas las fincas que heredó de su padre». En la escritura de manifestación de herencia, se omitió inventariar una finca, cuya partida no nombró el testador, pero que sí cumplía los dos requisitos de estar situada en dicha población y haberla heredado de su padre; en dicha escritura, los legatarios habían manifestado que, con la entrega de las fincas inventariadas, se daban por pagados en sus derechos sobre el legado. Posteriormente, la heredera otorga una escritura de adición de inventario en la que se adjudica la finca que se había omitido declarar.

La Registradora califica negativamente esta última escritura con base en que la finca está comprendida dentro de un legado ordenado por el testador y debe adjudicarse a los legatarios (en este caso, la heredera era legataria junto con sus dos hermanos, y la Registradora admite que pueda adjudicarse una tercera parte indivisa). Según la Registradora, la finca en cuestión está comprendida dentro de aquel legado porque radica en el término municipal señalado y fue adquirida por el testador por herencia de su padre; la aceptación que se hizo en su día del legado fue parcial, ya que ahora se adiciona una nueva finca y, por aplicación del art. 427-16 CCCat, la aceptación parcial del legado comporta la aceptación total.

El Notario autorizante recurre la nota de calificación alegando que la finca objeto del recurso no coincide con ninguna de las fincas rústicas señaladas específicamente en el legado; que la finca, en realidad, no es rústica, sino un corral calificado como finca urbana, y que, según la jurisprudencia del TSJC, ha de prevalecer la voluntad del testador sobre el sentido literal de las palabras utilizadas en el testamento, pudiendo con tal fin acudir incluso a elementos extrínsecos.

La DGDEJ declara que la interposición del recurso es extemporánea, ya que la solicitud de calificación sustitutoria se hizo fuera de plazo (lo que motiva que se considere como no hecha y expirado el plazo para interponer el recurso, que, por tanto, debe contarse desde la primera calificación negativa); no obstante, habiendo entrado la Registradora sustituta en el fondo del asunto, la DG hace lo propio, aunque a efectos meramente doctrinales.

La fecha del testamento (1970) lleva a aplicar la normativa anterior al CS (DT 1.ª CS), es decir, el art. 675 CC y la interpretación jurisprudencial de la CDCC como Derecho supletorio, conforme a los cuales el criterio fundamental para conocer la voluntad del testador es el literal o gramatical; solo en caso de oscuridad, duda, ambigüedad o contradicción, debe acudir a otros elementos interpretativos. En el caso que nos ocupa, entiende la DG que las palabras del testador son «bien precisas», pues la utilización de una fórmula genérica al final de la cláusula del legado pretendía dejar claro que el legado era de



Resoluciones

una universalidad de fincas, claramente definidas al confluir en ellas dos rasgos acumulativos: estar ubicada en Biure y haberlas adquirido por herencia de su padre. El legado de universalidad de bienes tiene cabida en el art. 875 CC como legado de cosa genérica y, aunque no está regulado a la manera del actual art. 427-29 CCCat, a juicio de la DG, nada impide admitir esta figura, que sí regulaba el art. 300 CS, vigente en el momento de la apertura de la sucesión y aplicable también al caso que nos ocupa. Por tratarse de un legado de cosa única, su aceptación no puede ser parcial (art. 268 CS), por lo que se entiende aceptado por los legatarios en la escritura de manifestación de herencia, quedando solo pendiente que la heredera les entregase la posesión de la finca (art. 271 CS). La manifestación de bienes realizada es responsabilidad de la heredera, y es con base en la confianza de los legatarios que estos realizaron la renuncia a reclamar nada más. Conforme al art. 268 CS, se puede ejercer el derecho a aceptar o repudiar el legado cuando se tiene conocimiento de su delación, y ello presupone que las renunciaciones genéricas efectuadas antes de conocer la existencia de una finca incluida en un legado que comprendía varias no tengan eficacia para las que aparezcan después.

LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN

Es la ley nacional del causante al tiempo de abrirse la sucesión, aunque el testamento se haya otorgado según su ley nacional al tiempo de su otorgamiento. La ley española es la aplicable es la catalana, si el causante residía en Cataluña cuando adquirió la nacionalidad española

INEFICACIA DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA A FAVOR DEL CÓNYUGE POR POSTERIOR DIVORCIO

Mientras no se declare judicialmente, ni el Notario ni el Registrador la pueden aplicar de oficio

Resolución JUS/2694/2013, de 5 de diciembre (DOGC de 27 de diciembre de 2013)

Resumen: El causante testó en España cuando ostentaba la nacionalidad francesa, pero, al fallecer, ostentaba la nacionalidad española, que había adquirido mientras residía en Cataluña. En su testamento, nombró heredera a su esposa (utilizando estas palabras), de la cual posteriormente se divorció, aunque de la sentencia de divorcio resulta que al tiempo de otorgarse el testamento los cónyuges llevaban dos años separados de hecho. El funcionario consular que autoriza la escritura de aceptación de herencia aplica la ley civil catalana y no aprecia la nulidad de la disposición a favor de la esposa del art. 423-13.1 CCCat. La Registradora considera aplicable el punto 3 del art. 423-13 (la disposición mantiene su eficacia, si del contexto del testamento resulta que el testador la había ordenado pese a la separación), pero, para aplicar esta excepción, requiere una resolución judicial que declare la eficacia de la institución a favor de la esposa.

La DGDEJ revoca la nota de la Registradora. En primer lugar, se plantea si una institución de heredero ordenada por el testador cuando le era aplicable la ley francesa ha de subsistir como regulada íntegramente por esta ley o si, por el contrario, sus efectos pasan a regirse por la ley catalana. La DG opta por esta segunda alternativa, pues es la ley aplicable a la sucesión, ya que el causante residía en Cataluña cuando adquirió la nacionalidad española, por lo que, por aplicación de los arts. 14.2 EAC y 15 CC, adquirió la vecindad civil catalana.

Entrando en el fondo de la cuestión, el hecho determinante para la DG es la existencia de la separación en el momento de otorgarse el testamento, sin que sea relevante que la separación de hecho haya devenido en judicial o en divorcio con posterioridad. Del Preámbulo de la Ley 10/2008 y del art. 422-13 CCCat (que establece la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge separado o divorciado), deduce que el legislador ha eludido formular la norma como una presunción de revocación. Al exigir que la separación sea posterior al testamento, ya no procede la aplicación del art. 422-13, sin necesidad de entrar en la interpretación de la voluntad del testador (o sea, en el punto 3, que es lo que pretende aplicar la Registradora).

Por otro lado, la DG declara que la nulidad del testamento o de las disposiciones testamentarias ha de ser declarada judicialmente, sin que pueda ser aplicada de oficio por el Notario o la Registradora, lo que deduce del examen de instituciones similares, como la indignidad o la inhabilidad, que, conforme al art. 412-6.2 CCCat, han de ser invocadas por las personas favorecidas por la sucesión, en caso de que se declare la indignidad o inhabilidad.

Comentario: Doctrinalmente, cabe resaltar que el art. 422-13 no es aplicable, en ninguno de sus apartados, al supuesto en que el testador ya esté separado en el momento de otorgarse el testamento.

Más discutible me parece la cuestión sobre si notarios y registradores pueden apreciar de oficio las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias o si, por el contrario, han de ser declaradas judicialmente, como parece indicar la resolución. En mi opinión, es difícil establecer una norma general al respecto. Hay casos en que es evidente que la ineficacia de una disposición testamentaria debe ser apreciada de oficio. El supuesto más claro es el de la ineficacia de la disposición a favor de quien ha premuerto al testador; no existe ninguna duda de que su alegación y acreditación por los interesados (sustitutos vulgares, beneficiarios por acrecimiento, herederos abintestato, etc.) es suficiente para que estos puedan adjudicarse los bienes relictos. Otros supuestos son menos claros. Por ejemplo, el que contempla esta resolución, en caso de que el testador no hubiera estado separado en el momento de otorgarse el testamento. Es el caso de las RRDGDEJ de 17 de septiembre de 2010 y de 26 de noviembre de 2010: el testador instituye heredera a su esposa estableciendo una sustitución vulgar y, posteriormente, se divorcia de ella; la propia DG resuelve, en este caso, a favor de aplicar la sustitución vulgar (y, por lo tanto, de apreciar de oficio la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge). Otro ejemplo es el de la ineficacia del testamento por no contener institución de heredero: la RDGDEJ de 21 de septiembre de 2010 resolvió a favor de la nulidad *ipso iure* y su conversión en codicilo, sin necesidad de declaración judicial. Se me ocurre también, por experiencia profesional, el caso de una preterición errónea de legitimarios: el testador otorgó el testamento antes de tener hijos; acreditado tal hecho, considero perturbador exigir una declaración judicial que confirme la nulidad del testamento y la apertura de la sucesión intestada. Creo que el control de legalidad que corresponde a los notarios nos faculta y obliga a declarar de oficio la ineficacia de las disposiciones testamentarias en todos aquellos supuestos en que pueda apreciarse de forma indubitada, criterio que dependerá del caso concreto de que se trate (no así, por ejemplo, en los de indignidad o inhabilidad). En el que contempla la presente resolución, alegada y acreditada la separación en el momento de otorgarse el testamento, la inaplicabilidad del art. 422-13 viene determinada por sí sola, sin que el Notario (o funciona-



rio consular, en este caso) tenga que entrar a investigar la verdadera voluntad del testador o cualquier otra consideración.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

Los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración establecidos por la Ley 24/1991 permanecen aplicables para las viviendas que obtuvieron la cédula de calificación definitiva durante la vigencia de dicha ley

Resolución JUS/501/2014, de 28 de febrero (DOGC de 11 de marzo de 2014)

Resumen: En una elevación a público de un documento privado de compraventa en cumplimiento de sentencia, uno de los propietarios vende su mitad indivisa al otro, pero se trata de una vivienda de protección oficial (calificada definitivamente en 2000) y el Registrador de la Propiedad exige la notificación a la Generalitat de Cataluña o al ente público promotor, a los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto de los arts. 52 y ss. de la Ley catalana de la Vivienda 24/1991, de 19 de noviembre. La interesada recurre alegando que se tenga como prueba de dicha notificación una comunicación por la que el servicio territorial correspondiente de l'Agència de l'Habitatge le informaba del precio máximo de venta de la vivienda y de que su transmisión no estaba sujeta al derecho de adquisición preferente por parte de la Administración de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, sobre el derecho a la vivienda (DA 16.ª). También alegaba que, en todo caso, el derecho de retracto habría caducado por el tiempo transcurrido desde dicha comunicación y que la calificación registral no puede pronunciarse sobre el fondo de la resolución judicial que causó la elevación a público del documento privado de venta.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En materia procedimental, aclara que el recurso debe presentarse contra la calificación registral inicial, no contra la sustitutoria, que había confirmado aquella (art. 19 bis, regla 5.ª LH). No considera que la exigencia por el Registrador de la notificación a la Administración suponga pronunciarse sobre el fondo de la resolución judicial, pues se trata de un requisito legal añadido al negocio jurídico. Por otra parte, la normativa aplicable a la vivienda de protección oficial es la ley vigente en el momento de otorgarse la cédula de calificación definitiva (año 2000), por lo tanto, la Ley 24/1991 (que la Ley 18/2007 mantuvo aplicable a las VPO anteriores), que exige la notificación a la Administración. La comunicación de l'Agència de l'Habitatge sobre el precio máximo de venta no puede identificarse como respuesta a dicha notificación, ya que no identifica el precio concreto de la transmisión ni los datos de los interesados en la compra o de los concretos adquirentes. Por lo tanto, al no haberse realizado la notificación a la Administración, no puede haber caducado el derecho de esta a ejercitar los derechos de tanteo y retracto.

COMPETENCIA

La legislación hipotecaria es instrumental, por lo que no puede determinar la Administración competente para resolver el recurso

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

Es suficiente que se acredite el cumplimiento de la condición y su notificación al titular registral para que la finca se inscriba a nombre del fideicomisario

Resolución JUS/1356/2014, de 12 de junio (DOGC de 17 de junio de 2014)

Resumen: El testador, fallecido en 1943, dispuso una sustitución fideicomisaria conforme a la cual sus hijos/fiduciarios solo podían disponer de los bienes a favor de sus hijos y, si alguno de los hijos/fiduciarios falleciese sin dejar hijos, los bienes que le correspondían pasarían a los restantes hijos/fiduciarios o a sus descendientes. Los fiduciarios transmitieron una de las fincas a un extraño (primero, estableciendo un censo y, luego, redimiéndolo) y la liberaron del fideicomiso con cargo a la cuarta trebeliánica, pero esta última circunstancia no se hizo constar en el Registro de la Propiedad (los fiduciarios renunciaron a ello ante el Registrador). Uno de los fiduciarios fallece en 1997 (sin disponer en su testamento de los bienes fideicomitidos) y uno de sus hijos/fideicomisarios otorga, en 2014, una escritura en la que se adjudica la parte proporcional de la finca transmitida por sustitución fideicomisaria y solicita su inscripción a su nombre como libre del fideicomiso.

El Registrador deniega la inscripción con base en que los fiduciarios o sus adquirentes tienen que entregar la posesión de los bienes y los fideicomisarios no los pueden hacer suyos por su propia autoridad. El interesado dirige el recurso a la DGRN, pero el Registrador lo remite a la DGDEJ.

La DGDEJ resuelve, en primer lugar, a favor de su competencia. El recurrente consideró que no era competente con base en que es la Ley Hipotecaria la que regula la práctica de las inscripciones registrales, criterio que la DGDEJ no comparte, por cuanto la legislación hipotecaria es meramente instrumental y ello conllevaría la inexistencia de competencia alguna de la Generalitat en materia de recursos gubernativos, contraviniendo el art. 147.2 EAC.

En segundo lugar, de conformidad con el Derecho transitorio del CS y del Libro IV del Código Civil de Cataluña, declara aplicable al presente caso la normativa vigente en 1943 (fecha de la defunción del fideicomitente), salvo en lo que se refiere a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente (en que será aplicable el CS entre la fecha de su entrada en vigor y la de la muerte de la fiduciaria, en 1997). No obstante, como normativa aplicable en 1943, la resolución aplica la CDCC, que, como declaró la RDGDEJ de 30 de julio de 2013, no derogó la normativa anterior, sino que la sustituyó en un sistema de *iuris continuatio* que legitimaba la Ley de 1960 sobre la base del Derecho anterior a 1716 (y en lo que este no se oponga a aquella).

Entrando en el fondo del recurso, la DG lo estima. Califica la figura contemplada como una sustitución fideicomisaria familiar con facultad de elección, en la que el fideicomitente impone a sus hijos la carga de no poder disponer de los bienes fideicomitidos para después de su muerte si no es a favor de sus respectivos hijos, combinado con un fideicomiso sujeto a la condición *si sine liberis decesserit*, por la que, si alguno de los hijos fiduciarios moría sin hijos, los bienes debían pasar a sus hermanos o a los descendientes de estos. Se trata, por lo tanto, de un fideicomiso condicional, que, en algunas ocasiones, en el Derecho anterior a la Compilación, se había equiparado a una prohibición de disponer por parte del testador, pero, en la práctica más frecuente, amparada en el Código de Justiniano, se acepta-



Resoluciones

ba la disposición de los bienes fideicomitidos sujeta a condición, de manera que, cuando se cumplía la condición, la disposición quedaba resuelta (así lo entendieron la STCCat de 10 de mayo de 1936; las SSTs de 30 de abril de 1897, de 26 de febrero de 1919 y de 28 de enero de 1964, y las RRDGRN de 25 de junio de 1892, de 25 de junio de 1903, de 14 de noviembre de 1933 y de 10 de marzo de 1944). Y la CCDC asumió y articuló este régimen (arts. 163, 186.2 y 197). Ahora bien, cumplida la condición —continúa explicando la DG—, esto es, fallecido el fiduciario existiendo fideicomisarios, la eficacia de la disposición decae y el fideicomisario adquiere automáticamente la titularidad de los bienes aunque no se le haya entregado la posesión, pudiendo obtener la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad. Tanto es así que los actos realizados por el fiduciario no vinculan al fideicomisario como propios, aunque sea el heredero, tal y como recogía el art. 209 CCDC, recogiendo el Derecho tradicional.

A efectos registrales, una vez acreditada la muerte del fiduciario y la existencia y determinación de los fideicomisarios, esto es, el cumplimiento de la condición, nada se opone a una nueva inscripción de los bienes a nombre de los fideicomisarios de acuerdo con el art. 23 LH, último inciso, puesto que la sustitución fideicomisaria condicional funciona en el Registro como una condición resolutoria a la que se había sometido la adquisición de los censatarios. Ahora bien, los principios de seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva, de audiencia a los perjudicados y casi de tracto sucesivo hacen necesaria, para la DG, la notificación a los titulares inscritos de la delación del fideicomiso y del cumplimiento de la condición que hace decaer su titularidad, más aún cuando la ley les concede derecho de retención o de hipoteca en garantía de determinados créditos (en el presente recurso, se da por hecha la notificación por haber sido parte en el mismo).

Queda, por último, la cuestión de la eficacia de la liberación de la finca transmitida de la carga fideicomisaria con cargo a la cuarta trebeliánica. El hecho es que dicha liberación no se inscribió en el Registro de la Propiedad, lo que, para la DG, es determinante de su ineficacia registral, sin perjuicio de que en el procedimiento judicial contradictorio que corresponda las partes debatan una cuestión que, al igual que otras que no han sido alegadas, escapa de los reducidos márgenes de actuación de un recurso gubernativo.

Comentario: Preceden a esta resolución las de 29 de noviembre de 2012 y 30 de julio de 2013, motivadas por el intento de conseguir la inscripción del dominio en concepto de libre por parte de los herederos de otro fideicomisario, hijo de la misma fiduciaria. En ambas resoluciones, la DG se abstuvo de entrar en el fondo del asunto (en una de ellas, se practicó la inscripción como «derecho al fideicomiso» y la DG no admitió a trámite el recurso, ya que solo procede contra las calificaciones negativas; en la otra, se declaró incompetente, porque entendió que se pretendía rectificar un error material del Registro). Sorprende que lo que no ha logrado una rama de la familia (los sobrinos), lo consiga otra (el tío), todos ellos descendientes de la misma fiduciaria, y por el mismo procedimiento. La diferencia estriba en que, en el caso de las resoluciones de 2012 y 2013, el Registrador practicó una inscripción a favor de los herederos del fideicomisario (aunque no fue la clase de inscripción que pretendían los otorgantes de la escritura) y, en el de la resolución de 2014, denegó la inscripción (lo que posibilitó el recurso gubernativo). En el primer caso, los interesados solo pueden acudir a la vía judicial para solicitar la rectificación del asiento, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios que corresponda al Registrador no conforme con dicha rectificación.

CENSOS

Siendo varias las fincas registrales gravadas por un solo censo, la fijación de la pensión correspondiente a cada una ellas no supone la división del censo entre las mismas

Resolución JUS/1357/2014, de 12 de junio (DOGC de 19 de junio de 2014)

Resumen: En el Registro de la Propiedad, figura inscrito un censo que afecta a varias fincas registrales y que no se ha dividido entre ellas. El censalista pretende obtener un asiento relativo a dicho censo, pero la Registradora suspende la práctica del mismo por no constar la división del censo, lo que ha llevado a su extinción (DDTT 1.ª de la Ley 6/1990 y 13.ª de la Ley 5/2006).

El censalista recurre alegando que el censo se dividió al constituirse, pues, afectando a una sola finca registral, se dividió en dos suertes y se pactó la pensión que debía pagar cada uno de los censatarios por separado. La Registradora opone (al parecer, en su informe, que no es resumido en la resolución) que ello no implica la división del censo entre las fincas.

La DGDEJ considera mejor fundamentada la postura de la Registradora, pues, en el momento de constituirse el censo (año 1855), regía como principio el de la indivisibilidad del censo, que se respetó en el contrato de constitución al pactarse el carácter solidario de la responsabilidad por impago de la pensión, en la línea de la Exposición de Motivos de la Ley de 1945 («En virtud del principio de indivisibilidad, las partes resultantes de la división quedan solidariamente afectas al cumplimiento de las cargas del censo»). Al parecer de la DG, la fijación de la pensión correspondiente a cada una de las suertes o partes de la finca es un criterio para determinar la cuantía que corresponde satisfacer a cada enfiteuta, pero no supone la división del censo. No constando en el Registro dicha división dentro del plazo establecido por la DT 13.ª de la Ley 5/2006, el censo debe considerarse extinguido, por lo que no pueden practicarse asientos registrales relativos al mismo.

COMPETENCIA

La DGDEJ es competente para conocer un recurso en relación con una sentencia declarativa de la usucapión

USUCAPIÓN

En el proceso, no se requiere el nombramiento de un administrador judicial

CALIFICACIÓN REGISTRAL

La Registradora no puede cuestionar la validez del procedimiento judicial por falta de intervención del titular registral o de sus causahabientes

Resolución JUS/1388/2014, de 12 de junio (DOGC de 20 de junio de 2014)

Resumen: Se presenta, en el Registro de la Propiedad, testimonio de una sentencia declarativa de la usucapión de una mitad indi-



visa de una finca, en la que la demanda se dirigió contra los ignorados herederos del titular registral ya fallecido (que había adquirido la finca por herencia) y contra los ignorados propietarios de dicha finca; la sentencia expresa que se ha cumplido debidamente con el contenido del art. 497 LEC y que se han practicado todos los edictos pertinentes.

La Registradora deniega la inscripción alegando incongruencia entre el procedimiento judicial seguido y la sentencia recaída, ya que la demanda, entiende, se dirigió contra una masa hereditaria no aceptada que no ha sido parte en el proceso por falta de nombramiento de un administrador judicial, lo que le genera indefensión; también afirma que la sentencia incumple el principio de tracto sucesivo del art. 20 LH. Presentado el recurso ante la DGDEJ, la Registradora informa ratificándose en su calificación (además, alega en su informe —no lo había hecho en la nota— la RDGRN de 3 de octubre de 2011, emitida con carácter vinculante, sobre emplazamiento y personación de la herencia yacente a efectos de practicar asientos registrales en procedimientos judiciales contra ella) y defiende la competencia de la DGRN con base en que el fundamento de la calificación es una vulneración de una norma procesal de ámbito estatal.

La DGDEJ declara su competencia para entender del recurso con base en que la usucapión, históricamente, ha sido una institución jurídica propia del Derecho catalán, regulada por el vigente art. 342 CDCC. Reitera el criterio seguido por las RRDGDEJ de 7 de septiembre de 2006 y de 4 de julio de 2011, entre otras, de que la normativa registral tiene un carácter meramente adjetivo y, por lo tanto, supeditado a la norma sustantiva establecida por la legislación civil catalana. Finalmente, aplica el art. 1 de la Ley catalana 5/2009, de recursos gubernativos, que el TC declaró constitucional en la STC 4/2014, de 4 de enero.

En cuanto a la nota de calificación, la revoca. El principio de tracto sucesivo no lo entiende aplicable cuando se produce la usucapión *contra tabulas* del art. 36 LH (precisamente, esta constituye por sí misma una excepción a dicho principio), usucapión que es reconocida, en este caso, por una sentencia en cuyo fondo la calificación registral no puede entrar (art. 100 RH), lo que también le impide calificar los fundamentos y trámites del procedimiento judicial.

Tampoco considera aplicable la RDGRN de 3 de octubre de 2011 (en cuyo examen entra a efectos exclusivamente doctrinales, por no haber sido alegada por la Registradora en la nota), ya que la demanda se dirigió no solo contra la herencia yacente del titular registral, sino también contra los ignorados propietarios de la finca. No acepta su aplicación analógica a este supuesto, para el que la ley no exige un administrador judicial, de la misma manera que tampoco es aplicable al caso del expediente de dominio seguido contra el titular registral o sus causahabientes, conforme a los arts. 202 LH y 279 RH, procedimiento que ofrece menos garantías, en opinión de la DGDEJ, que el de la sentencia recaída en un procedimiento declarativo de prescripción adquisitiva como el que nos ocupa (RRDGRN de 11 de mayo de 2012 y de 6 de mayo de 2009). Asimismo, entiende que las RRDGRN de 24 de febrero de 2006, de 21 de febrero de 2007 y de 10 de enero de 2011 contemplan supuestos diferentes del presente. Y añade, siguiendo el criterio de la RDGRN de 26 de marzo de 2014, que podría resultar desproporcionado exigir una citación a unos causahabientes que no han inscrito su derecho durante más de treinta años y que no han pretendido la protección registral. Finalmente, aduce que cuestionar la validez del procedimiento judicial por falta

de intervención del titular registral o sus causahabientes es tanto como cuestionar si la declaración de usucapión operada en el ámbito civil se ajusta a Derecho, lo que no permite el art. 100 RH.

Entrando en el ámbito civil de la usucapión, la DG afirma que las declaraciones contenidas en la sentencia acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos para usucapir por la legislación civil (en este caso, la catalana: art. 342 CDCC). Y, en el ámbito registral, la usucapión ha de perjudicar al titular registral, que no tiene la condición de tercero, pues había adquirido a título gratuito, cumpliéndose así también lo establecido por el art. 36 LH («Se calificará el título y se contará el tiempo de acuerdo con la legislación civil»).

COMPETENCIA

El Registrador de la Propiedad no puede remitir el expediente del recurso a la DGRN cuando este se ha presentado ante la DGDEJ

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

La rehabilitación de un edificio, aunque sea integral, no requiere una nueva declaración de obra nueva, si se mantiene la descripción literaria de la finca. El certificado catastral es suficiente para concretar la superficie construida de una edificación inscrita

DIVISIÓN HORIZONTAL

Las superficies útiles no deben acreditarse documentalmente, siendo el técnico redactor del proyecto el responsable de su exactitud y el Notario, el de su correcta transcripción en la escritura. Los linderos de los elementos privativos pueden coincidir con los del edificio, si hay un solo elemento por planta. No es necesario especificar que los elementos privativos tienen acceso a un elemento común o a la vía pública, ni enumerar ni describir los elementos comunes

Resolución JUS/1617/2014, de 2 de julio (DOGC de 17 de julio de 2014)

Resumen: En el Registro de la Propiedad, figura una finca descrita simplemente como: «Urbana. Casa de planta baja, destinada a tienda, entresuelo y dos pisos, situada en [...], que mide [...] metros de ancho y [...] metros de largo» (siguen los linderos). Se otorga escritura de división horizontal creando cuatro entidades, que se corresponden con las cuatro plantas existentes, a la que se acompaña: a) licencia municipal de 2013 de obras mayores para la reforma de un edificio plurifamiliar de tres viviendas y un local comercial, en la que se declara que las viviendas cumplen las condiciones legales de habitabilidad y que estima la innecesidad de aportar licencia para la constitución del régimen de propiedad horizontal, y b) certificado catastral descriptivo y gráfico en el que consta que el tipo de finca es «parcela construida sin división horizontal», que el año de construcción es 1870, la superficie del solar y la construida de cada planta.

Presentada la escritura en el Registro, se despacha con los siguientes defectos (en síntesis): 1) no se ha declarado la obra nueva, exigible no solo en los casos de construcción de una nueva altura de un edificio o de la edificación entera *ex novo*, sino también en



Resoluciones

casos de modificación o mejora de la superficie construida o reforma integral del edificio; 2) la superficie construida del edificio no resulta en la descripción registral y la superficie útil solo se manifiesta, no se acredita documentalmente; 3) se requiere licencia de división horizontal, ya que la licencia de obras solo haría innecesaria la de división horizontal si las entidades resultantes ya estuviesen configuradas independientemente y se hubiese declarado la modificación constructiva y la rectificación descriptiva de la finca en su conjunto, y 4) no resultan los elementos comunes de la división horizontal, ni se especifica que los elementos privativos tengan acceso a un elemento común o a la vía pública, y sus linderos son los mismos que los de la finca matriz.

El Notario autorizante interpone recurso ante la DGDEJ y el Registrador remite el expediente, junto con su informe, a la DGRN, por considerarla competente. La DGRN se declara incompetente y envía el expediente a la DGDEJ.

La DGDEJ resuelve, en primer lugar, a favor de su competencia con base en la legalidad urbanística (art. 149 EAC) y en la civil (art. 129 EAC, en relación con el art. 1 de la Ley 5/2009). Añade que no está prevista legalmente la facultad del Registrador de remitir el expediente a la DGRN, si el recurrente ha dirigido el recurso a la DGDEJ, y que la facultad de decidir el órgano ante el que se presenta el recurso corresponde al requirente, como especifica la propia nota al pie de la calificación del Registrador, sin que este pueda modificar el sentido de la elección hecha por el recurrente, lo cual resulta del art. 2 de la Ley 5/2009, al poner el énfasis en la interposición del recurso, siendo la propia DGDEJ la que, a la vista del expediente, examinará de oficio su propia competencia para resolverlo y dispondrá lo que en tal sentido considere procedente. Por consiguiente, califica la decisión del Registrador como no amparada en la ley, indebida y dilatoria.

Entrando en el fondo de la cuestión, la resolución estima el recurso y revoca la nota de calificación. En aras de la claridad, seguiremos el orden (que es el de la resolución) y la numeración de los defectos que he indicado anteriormente.

1) No se ha declarado la obra nueva del edificio. El concepto registral de *obra nueva* puede no corresponderse exactamente con el concepto urbanístico, ya que, para el Registro, no habrá obra nueva cuando no cambie la «*descripción literaria inscrita*» y, en cambio, cualquier ampliación, reforma, modificación, rehabilitación o intervención en la edificación necesita una licencia de obras y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la materia para adquirir el derecho a la edificación. A juicio de la DGDEJ (en adelante, DG), en el caso que nos ocupa, no existe modificación de dicha descripción (se mantienen la superficie construida —que, simplemente, concreta la que ya figuraba inscrita por las dimensiones del solar—, la volumetría exterior, el número de locales y viviendas y el uso).

En el caso de una reforma integral interior de un edificio, puede generarse la duda de si es asimilable al supuesto de obra nueva (antigua) al que se refiere el art. 45 del Real Decreto 1093/1997. La DG, con base en la Ley de la Vivienda de 28 de diciembre de 2007 (arts. 3 y 64.2), distingue entre intervenciones de rehabilitación y de gran rehabilitación. Las primeras, que no modifican la configuración arquitectónica global del edificio, no son equiparables a la obra nueva; en cambio, sí lo son las de gran reha-

bilitación, que consisten en el derribo de un edificio salvando solamente las fachadas o en una actuación global que afecta a la estructura o al uso general del edificio, puesto que necesariamente implicarán una modificación en la descripción literaria de la finca. De ahí que los supuestos de rehabilitación no requieran, por sí, una declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad, «*si se mantiene la descripción de la finca en los mismos términos*».

2) Las superficies construida y útil. La superficie del solar resulta de simple multiplicación de las medidas lineales (siempre y cuando sea un cuadrilátero regular, circunstancia que no se discute en la calificación registral). La escritura de obra nueva declara que esta superficie es también la de las plantas construidas, lo que no acepta el Registrador (que atribuye a las plantas entre-suelo, primera y segunda la superficie de cero metros cuadrados, pese a que constan inscritas). La DG considera suficientemente justificada la superficie de todas las plantas por su coincidencia (aproximada) con la de los datos catastrales, cuya realidad no ha sido puesta en cuestión. Entiende que «*si, por aplicación del art. 52 del RD 1093/1997, un mero certificado catastral es título hábil para hacer constar una declaración de obra nueva "antigua" en el Registro de la Propiedad, con más motivo lo será para hacer constar solo una modificación de descripción de finca consistente en declarar nominalmente una superficie de las plantas altas que no se puede discutir que existían*».

La superficie útil de cada planta no se acredita documentalmente. Al parecer de la DG, ello no es necesario, ya que la licencia de obras aportada declara que se solicitó de acuerdo con el proyecto acompañado y visado por el Colegio de Arquitectos, el cual necesariamente ha de incluir las superficies útiles, como exige el art. 3 del Decreto 141/2012, que regula las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad, siendo el técnico redactor del proyecto el responsable de la exactitud de las mediciones y el Notario, el responsable de su correcta transcripción en la escritura.

3) La licencia de división horizontal. La exige el art. 238 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, vigente en el momento de otorgarse la escritura, pero la DG la estima innecesaria en este supuesto, pues «*ha quedado determinado el número de viviendas y de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, tanto por su constancia en la descripción del inmueble desde 1941 como por haber completado la determinación de este número la certificación catastral y la licencia de obras*». En el mismo sentido, cita las RRDGDEJ de 10 de febrero de 2010, de 27 de diciembre de 2011 y de 24 de febrero de 2012.

4) La descripción de los elementos privativos y comunes de la división horizontal. En la escritura de división horizontal, los linderos de los elementos privativos coinciden con los del edificio, lo que hace incurrir al Registrador en la duda sobre su correcta descripción. La DG interpreta que el art. 553-9 CCCat, que expresamente pide una especificación de los límites de cada uno de ellos, hace prevalecer la identificación de la ubicación física de las entidades y no el hecho de que hayan o no de ser coincidentes con los del edificio. En este caso, al existir únicamente un piso por planta, no hay posibilidad de confusión de los límites entre dos entidades privativas. Y el hecho de que no se especifique



literalmente el acceso independiente de cada entidad a un elemento común o a la vía pública no significa que no lo tenga.

Del mismo modo, los elementos comunes existen aunque no se describan. Por exclusión, será elemento común todo aquel que no esté incluido dentro de un elemento privativo o anejo (anexo) a él, puesto que el solar es elemento común y, por el principio de accesión, corresponde a los copropietarios en proporción a sus cuotas todo lo que no esté integrado en un elemento privativo. Por lo tanto, el art. 553-9 no es una norma imperativa que imponga la enumeración de todos los elementos comunes en el título de constitución de la propiedad horizontal, sino que su carácter es meramente dispositivo.

Es consecuencia de todas las anteriores consideraciones, según la DG, que no se hayan infringido ni el principio de seguridad jurídica preventiva en materia urbanística, ni la normativa de protección a consumidores y posibles usuarios de las viviendas, ni el principio de especialidad, ni el de rogación, como finalmente alegaba en su nota el Registrador de la Propiedad.

COMPETENCIA

Corresponde a la DGDEJ la competencia para resolver un recurso relativo al régimen jurídico de la propiedad horizontal

MODIFICACIÓN DE TÍTULO CONSTITUTIVO DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL

La vinculación ob rem entre dos entidades, de forma que solo se puedan transmitir conjuntamente, no constituye modificación del título constitutivo

Resolución JUS/1659/2014, de 2 de julio (DOGC de 18 de julio de 2014)

Resumen: Los propietarios de dos locales que forman parte de dos edificios en régimen de propiedad horizontal diferentes los vinculan entre sí de modo que no puedan transmitirse independientemente y los venden. La Registradora de la Propiedad exige, para establecer dicha vinculación, el consentimiento de las respectivas juntas de propietarios y del titular registral de un derecho de hipoteca que grava las fincas. En calificación sustitutoria, solo se confirma el primer requisito, por lo que la segunda exigencia no entra en el ámbito del recurso. Los registradores alegan, en defensa de sus notas, que, según los arts. 553-9 y 553-10 CCCat, en el título de constitución del régimen de propiedad horizontal se tienen que recoger las posibles vinculaciones entre entidades y que cualquier vinculación posterior equivale a una modificación del título constitutivo. La Notaria autorizante recurre aduciendo que la vinculación establece una unidad de destino jurídico que no altera la configuración externa del edificio, ni las cuotas de participación, ni supone modificación física de las entidades, ni afecta a ningún elemento común, pudiéndose variar el destino de los elementos privativos, aunque no se prevea en los estatutos, sin necesidad del consentimiento de las juntas de propietarios, mientras que los preceptos alegados en las notas de calificación se refieren a operaciones de modificación hipotecaria de las fincas que comportan variación en las cuotas de la comunidad.

La DGDEJ examina, en primer lugar, su competencia, pues la Notaria presentó el recurso ante la DGRN y el Registrador también remitió el expediente a dicha DG, que se declaró incompetente. Todo ello ha redundado en perjuicio del interesado, como expresa la DGDEJ, pues la resolución se ha demorado considerablemente a consecuencia del procedimiento seguido. La competencia de la DGDEJ es indudable, pues el recurso se refiere a una cuestión relativa al régimen jurídico de la propiedad horizontal, regulada de forma completa y sistemática en el Libro V del Código Civil de Cataluña, y, además, tanto la nota de calificación como el recurso se basan exclusivamente en preceptos del mismo cuerpo legal.

En el fondo del asunto, la DGDEJ estima el recurso. A su entender, «la vinculación ob rem establecida entre las entidades objeto del contrato de compraventa, con la finalidad de que solo se puedan transmitir conjuntamente, constituye una limitación a la libre disposición de los mismos que los propietarios de los elementos privativos pueden imponer en ejercicio de sus facultades dominicales (art. 553-37.1 CCCat), sin que sea necesario el consentimiento de las juntas de propietarios de los respectivos edificios, a quienes no afecta ni perjudica esta limitación. Por su parte, los arts. 553-9 y 553-10 CCCat no son aplicables al caso, porque las vinculaciones a que aluden estos preceptos se establecen entre elementos pertenecientes al mismo inmueble, afectando la vinculación a elementos originariamente comunes, y es por ello que en estos supuestos se exige el consentimiento de la Junta de Propietarios».

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR PRESCRIPCIÓN

Se aplican los plazos de 20 + 1 año del Código Civil y la Ley Hipotecaria, en lugar de los diez años del Código Civil de Cataluña

Resolución JUS/1694/2014, de 7 de julio (DOGC de 22 de julio de 2014)

Resumen: Se otorga una escritura de cancelación de hipoteca por prescripción. Se deniega la cancelación registral por no haber transcurrido el plazo de veinte años de prescripción de la acción hipotecaria establecido en los arts. 1960 CC y 128 LH y el año adicional del art. 82.5 LH. El recurrente alega el art. 121-20 CCCat, que establece un plazo general de prescripción de diez años, aplicable a las pretensiones de cualquier clase, y el art. 121-8.2 CCCat, que determina que la extinción de la pretensión principal se extiende a las garantías accesorias.

La DGDEJ desestima el recurso. En relación con el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, alega que el art. 121-20 CCCat, después de establecer el plazo de veinte años para las pretensiones de cualquier clase, admite la existencia y aplicación de plazos diferentes, excepcionales, regulados por el Código Civil de Cataluña o en leyes especiales, que tanto pueden ser estatales como catalanas. Así ocurre en el caso del derecho de hipoteca, para el que los arts. 1960 CC y 128 LH establecen el plazo especial de veinte años, plazo que no desvirtúa ni contradice la «aplicación preferente» de la legislación catalana (art. 111-5 CCCat), ya que es esta la que así lo permite.

En cuanto a la extinción por prescripción de la pretensión principal y su extinción a las garantías accesorias que establece el art. 121-8.2 CCCat, la DG entiende que este precepto debe ponerse en relación con el art. 121-8.1, que exige, para que se produzca el efecto extintivo, que la prescripción sea alegada y apreciada, correspon-



Resoluciones

diendo esta apreciación al Poder Judicial, como ya se sostuvo en la RDGRN de 7 de julio de 2005.

COMPETENCIA

La facultad de escoger el órgano ante el que interponer el recurso recae en el recurrente, sin que el Registrador pueda modificar el sentido de la elección hecha por aquel

SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

No excluye el derecho de transmisión

Resolución JUS/2137/2014, de 18 de septiembre (DOGC de 30 de septiembre de 2014)

Resumen: El causante, fallecido en 2006, entre otras disposiciones, instituyó heredera a su esposa «y, si esta no llegara a serlo o siéndolo, de los bienes de que no hubiese dispuesto por actos inter vivos o mortis causa», la sustituía por sus hijos a partes iguales. La esposa fallece en 2013 y su sucesión se rige por un testamento otorgado el mismo día que el de su marido, en idénticos términos recíprocos.

La aceptación de ambas herencias tiene lugar en la misma escritura. Los hijos aceptan la del padre, como sustitutos preventivos de residuo, y la de la madre, como sustitutos vulgares. El Registrador califica que la sustitución preventiva de residuo no entra en juego, por haber muerto la esposa con testamento, y, en cambio, debe aplicarse el derecho de transmisión, ya que no había aceptado ni repudiado la herencia de su esposo, por lo que los herederos no adquieren la herencia directamente del padre, sino a través de la madre.

El Notario autorizante recurre argumentando que debe prevalecer la sustitución preventiva de residuo frente al derecho de transmisión con base en: 1) la RDGDEJ de 31 de mayo de 2010, que expresa que «para evitar los límites del derecho de transmisión, la causante hubiese podido establecer un fideicomiso, normal o de residuo»; 2) la interpretación literal de los testamentos de ambos cónyuges otorgados simultáneamente y de forma idéntica, de la que se desprende que su verdadera voluntad era hacer prevalecer el derecho de los sustitutos, como preveía el art. 216 CDCC, vigente al tiempo de redactarse los testamentos, y el art. 250 CS, aplicable a la sucesión del causante, y 3) la RDGRN de 26 de marzo de 2014, que, en un supuesto de Derecho común, considera que los que ejercitan el derecho de transmisión suceden directamente del causante de la herencia.

La DGDEJ evalúa, en primer lugar, su competencia para resolver el recurso, pues el Registrador remitió el expediente a la DGRN, por considerarla competente. El art. 1 (en relación con el art. 2) de la Ley 5/2009, de 28 de abril, sobre los recursos a las calificaciones negativas de los títulos inscribibles en los registros de Cataluña, cuya constitucionalidad declaró la STC 4/2014, de 16 de enero, atribuye la competencia a la DGDEJ, «siempre que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de manera exclusiva o juntamente con otros motivos, en normas del Derecho catalán o en su infracción». La materia sustantiva de este recurso forma parte del Derecho catalán, por lo que entra en los casos a que se refiere el art. 1 de la Ley 5/2009. Recalca la DG que la facultad de escoger el órgano ante el que interponer el recurso recae en el recurrente, sin que el Registrador pueda modificar el sentido de la elección hecha por aquel; es la

propia DGDEJ la que, a la vista del expediente, examinará de oficio su propia competencia para resolver y dispondrá lo que legalmente sea procedente.

En relación con la cuestión de fondo, la DG desestima el recurso. Para esta, la dicción de los arts. 250 y 251 CS (aplicables por la fecha de la apertura de la sucesión) «es bien clara y no se ve ningún indicio ni ninguna declaración del causante que permita deducir que el testamento otorgado no se tuviera que tener en cuenta como testamento válido a los efectos de no aplicar la sustitución preventiva de residuo, en el momento de la muerte del primero de los cónyuges. Más bien al contrario: tenemos que interpretar la voluntad del causante como preventiva de una posible invalidez o ineficacia del llamamiento testamentario y, en cualquier caso, dejando siempre bien libre la voluntad de la primera heredera instituida para disponer de los bienes tanto entre vivos como mortis causa». Ello determina la ineficacia del llamamiento a los herederos preventivos de residuo y la aplicación del derecho de transmisión (art. 29 CS), sin que obste para ello ni la coincidencia entre las personas que son designadas como sustitutas fideicomisarias de residuo y las llamadas por la esposa como sustitutas vulgares, ni la RDGDEJ de 31 de mayo de 2010, que declaró que el testador puede evitar el derecho de transmisión disponiendo una sustitución preventiva de residuo, lo cual no significa que esta excluya siempre el derecho de transmisión, lo que dependerá de si el heredero designado en primer lugar ha hecho uso o no de las facultades dispositivas.

Comentario: Comparto, en términos generales, el criterio de la DGDEJ. La cuestión no solo tiene interés doctrinal, sino también trascendencia fiscal, pues la base imponible del Impuesto de Sucesiones y del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en la herencia de la esposa será mayor en caso de aplicar el derecho de transmisión (y es posiblemente lo que intentan evitar los herederos en el supuesto que nos ocupa), pues al valor del caudal relicto de la segunda causante deberá sumarse el valor del caudal relicto del primer causante; en cambio, de aplicarse la sustitución preventiva de residuo, se tratará de dos herencias independientes, pues los sustitutos heredan directamente del testador (art. 426-59.4 CCCat).

El núcleo de la cuestión estriba, a mi juicio, en que el derecho a aceptar o a repudiar la herencia se adquiere por el heredero por el simple hecho de su supervivencia al causante. Así resulta inevitablemente del art. 461-13.1 CCCat (anterior art. 29 CS), al disponer que «si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos». El adverbio *siempre* implica que no se admiten excepciones a esta norma de principio. La única forma de paliar esta transmisión obligada es evitando que exista transmisión con contenido tributable entre transmitente y transmisario, por ejemplo, a través de un derecho de usufructo vitalicio a favor del primero (con facultad de disponer, si se desea que el heredero pueda transmitir *inter vivos*) o a través de un fideicomiso de residuo; en ambos casos, el heredero no podría, sin embargo, disponer *mortis causa* de su derecho, pero no habría transmisión tributable entre transmitente y transmisario. La atribución al transmitente del derecho a disponer *mortis causa* impide, en mi opinión, la sucesión directa entre causante y transmisario. Posiblemente, el efecto fiscal pretendido se hubiera podido conseguir renunciando los transmisarios al derecho de transmisión y aceptando la herencia del primer causante como sustitutos vulgares.

No comparto plenamente el criterio de la DG, al ratificar la RDGDEJ de 31 de mayo de 2010. En pureza, el derecho de transmisión no



puede evitarse ni a través del fideicomiso de residuo ni a través de la sustitución preventiva de residuo. En ambos casos, hay derecho de transmisión, que tiene lugar «siempre» (exigencia que tiene su lógica: el derecho a aceptar o a renunciar existe y es transmisible); lo que ocurre es que, en el primer caso, el transmisario adquiere un derecho que ha dejado de existir en el momento de fallecer el transmitente y, en el segundo caso, como hemos visto, ni siquiera se produce dicho efecto.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Los estatutos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal antes de la normativa actual no deben adaptarse a esta, aunque se pretendan inscribir ahora, pero necesitan ser ratificados por los propietarios que adquirieron con posterioridad a su aprobación

Resolución JUS/2409/2014, de 9 de octubre (DOGC de 4 de noviembre de 2014)

Resumen: En 1957 se otorgó una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y se inscribió, aunque, por razones que se ignoran, se omitió la inscripción de algunas normas de comunidad contenidas en los estatutos. Presentada en la actualidad una nueva copia de dicha escritura, la Registradora de la Propiedad exige que los estatutos se adapten a la legislación actual (al parecer, a la Ley de 1960 y al Libro V) y que sean aprobados por la Junta o ratificados por los actuales propietarios (DT 6.ª del Libro V, arts. 553-10, 553-11, 553-15 y ss. y 553-25 CCCat).

La DGDEJ desestima el recurso, pero confirma solo parcialmente la nota de calificación. Por una parte, considera que no es necesaria la adaptación de los estatutos a la legislación vigente, ya que la DT 6.ª del Libro V dice exactamente lo contrario: «Los edificios [...] establecidos en régimen de propiedad horizontal antes de la entrada en vigor de este libro se rigen íntegramente por las normas de este, que, a partir de su entrada en vigor, se aplican con preferencia a las normas de comunidad o estatutos que los regían, aunque consten inscritos, sin que sea necesario ningún acto de adaptación específico». Aún menos deben adaptarse a la Ley estatal de 21 de julio de 1960, que actualmente solo es supletoria del Derecho Civil de Cataluña.

Sin embargo, la DG declara que los estatutos no se pueden inscribir, porque no se pueden oponer a las personas que han adquirido sus derechos sobre los elementos privativos en el tiempo que ha transcurrido desde que se aprobaron hasta ahora; en definitiva, no son inscribibles porque no pueden vincular a los adquirentes posteriores.

Comentario: Comparto la primera parte de la resolución, no así la segunda: no comprendo (y la DG no argumenta) por qué no pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad unos estatutos de una comunidad de propietarios que no sean vinculantes para todos los propietarios actuales (porque algunos de ellos adquirieron después del acuerdo de adopción y antes de su inscripción registral), pero que tengan vocación de ser vinculantes para todos los posteriores adquirentes. No veo la necesidad ni la conveniencia de negar la publicidad registral a unos estatutos que fueron válidamente acordados. La presunción de exactitud del contenido del Registro tampoco se ve afectada por el hecho de que determinados acuerdos no sean vinculantes para todos los propietarios actuales. Tampoco atentaría contra el principio de legitimación registral («Se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen [...] / [...] los asientos del Re-

gistro [...] están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud»: art. 1 LH). En el presente caso, los estatutos se acordaron legalmente y producen todos sus efectos respecto de las personas que los adoptaron y respecto de quienes adquieran después de su inscripción. ¿Por qué no inscribirlos, aunque sea expresando tal circunstancia? Creo que iría en consonancia con los principios y la función de la publicidad registral.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La modificación de estatutos que prohíba el ejercicio en los elementos comunes de una actividad que esté realizando un propietario requiere su consentimiento expreso

Resolución JUS/2410/2014, de 9 de octubre (DOGC de 4 de noviembre de 2014)

Resumen: La comunidad de propietarios acuerda prohibir la actividad de alquiler o arrendamiento turístico de cualquiera de las viviendas del edificio, modificando los estatutos comunitarios, que no contienen ninguna limitación al respecto. El acuerdo se adopta con el voto favorable de todos los asistentes, a excepción del propietario de la vivienda que está ejerciendo dicha actividad, que vota en contra, superando los votos favorables el porcentaje de las cuatro quintas partes de los votos de los asistentes.

La Registradora de la Propiedad exige el consentimiento del propietario afectado por la prohibición. La comunidad recurre alegando que el destino de los pisos es el de vivienda, pues los estatutos no permiten lo contrario; por lo tanto, la modificación estatutaria no limita las facultades de uso de ninguno de los propietarios, por lo que debería ser suficiente la mayoría de las cuatro quintas partes de los votos.

La DGDEJ desestima el recurso. Se basa, fundamentalmente, en el art. 553-25.4 CCCat («Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente»). Este precepto obliga, a juicio de la DG, a buscar un punto de equilibrio entre la protección de los derechos de la mayoría y los de la minoría, así como a una cuidadosa formulación de los acuerdos que limiten las facultades de los propietarios. La DG no comparte el argumento de que los estatutos no permitan un uso distinto al de vivienda (¿para qué modificarlos, si fuera así?), ni el de que legalmente tampoco pueda hacerse (deben decidirlo los Tribunales), ni el de que para la modificación sea suficiente la mayoría de las cuatro quintas partes, por el hecho de que hay un propietario que está realizando desde hace un tiempo la actividad que ahora se intenta prohibir por los estatutos, lo que conlleva que se trate de un acuerdo limitativo, que requiere el consentimiento expreso del propietario afectado.

LICENCIA DE PARCELACIÓN

No es exigible, si existe un proyecto de reparcelación o una licencia de obras debidamente aprobados

Resolución JUS/2424/2014, de 9 de octubre (DOGC de 5 de noviembre de 2014)

Resumen: Se plantea si es necesaria licencia de parcelación urbanística para autorizar una escritura de constitución de un derecho



Resoluciones

de superficie sobre una parte de una finca, aportándose una licencia de obras para la realización de las construcciones sobre las que recaerá el derecho de superficie.

La DGDEJ examina, en primer lugar, si la constitución de un derecho de superficie requiere licencia urbanística, y resuelve en sentido afirmativo con base en el art. 191.1.b) de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobada por Decreto Legislativo de 3 de agosto de 2010, que la exige para toda operación que tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o instalaciones para destinarlas a usos urbanos, en que, sin división o segregación de fincas, se enajenen o arrienden partes indivisibles de una finca con incorporación de derechos de utilización exclusiva. Afirma que el derecho de superficie otorga mucho más que derechos de utilización exclusiva, ya que comporta la propiedad separada, y que si el derecho de superficie comprendiera la totalidad de la finca, no sería necesaria la licencia. Por lo tanto, debemos entender que, en principio, la licencia exigible es la de parcelación o segregación.

No obstante, en el presente supuesto, existe una licencia de obras y un proyecto de reparcelación aprobado y ejecutado en el que se han adjudicado a la titular de la finca, que es la concedente del derecho, dos parcelas que forman una finca registral. Ello tiene cabida, según la DG, en el art. 187.4 de la Ley de Urbanismo de Cataluña, modificado por la Ley 3/2012, que exime de la licencia urbanística: a) a las obras de urbanización que consten en los planes y proyectos debidamente aprobados, y b) a las parcelaciones o divisiones de fincas incluidas en un proyecto de reparcelación. Y, aunque la existencia del proyecto de reparcelación no se menciona en la escritura, es suficiente con la aportación de la licencia de obras, que debería constar testimoniada en la escritura (o aportada su notificación original al Registro), no siendo suficiente la protocolización de una fotocopia de la misma (como se hizo en este caso).

CONFLICTO DE INTERESES

Solo puede apreciarse en el ámbito de la representación legal, entre representante y representado, y no en relación con otras personas cuyo consentimiento sea exigible para autorizar el acto

Resolución JUS/2425/2014, de 9 de octubre (DOGC de 5 de noviembre de 2014)

Resumen: La primera causante tenía dos hijos e instituyó heredero solo a uno de ellos (segundo causante), que le sobrevivió pero falleció sin aceptar ni repudiar la herencia y habiendo nombrado heredera a su hija. Esta, siendo menor de edad y representada por su madre, acepta la herencia de su padre y renuncia a la de su abuela paterna (primera causante), con el consentimiento de su abuelo materno y de una prima por línea paterna (consentimiento prestado a los efectos del art. 236-30 CCCat). A consecuencia de esta renuncia, el Notario autoriza acta de notoriedad para proceder a la declaración de herederos abintestato de la primera causante, atribuyendo dicha condición a la otra hija de esta (a la que había excluido en su testamento) y a su nieta menor (tía y sobrina, entre sí), quienes acaban aceptando la herencia de la primera causante.

Los defectos puestos de manifiesto por el Registrador de la Propiedad y que se recurren son dos: 1) no justificarse la utilidad o ne-

cesidad que para el patrimonio de la menor tiene la renuncia inicial a la herencia de su abuela, y 2) existir conflicto de intereses entre la menor y la persona que consiente la renuncia por línea paterna (la prima de la menor, que es hija de su tía que acaba aceptando junto con la menor la herencia de la primera causante), lo que exigiría la intervención de un defensor judicial.

El Notario autorizante de todas las escrituras mencionadas recurre la nota de calificación y la DGDEJ estima el recurso. El primer defecto lo despacha en pocas palabras (FD 3.1): aunque el art. 236-28.1 establece que la autorización judicial o parental para la renuncia se otorgue solo en «*caso de utilidad o necesidad justificadas debidamente*», lo cierto es que no exige que esta justificación se recoja en el mismo documento en el que conste el acto autorizado.

A continuación, la DG pasa a examinar si existe conflicto de intereses entre tía y sobrina. En este sentido, entiende que la situación de conflicto de intereses, que es una excepción a la regla general de la representación legal, solo cabe en este ámbito de la representación legal (en este caso, debería existir entre madre e hija, representante y representada, cuando lo cierto es que la madre no obtiene ningún beneficio de la repudiación), pero no con relación a las personas que emiten una declaración accesoria o complementaria. Por otro lado, el interés de la menor se salvaguarda por la intervención del pariente de la línea materna. Y, finalmente, «*y sobre todo*», porque el conflicto debe existir entre las personas que intervienen en el otorgamiento del acto y no con relación a personas ajenas al mismo. También es de destacar el argumento del Notario de que, de seguir la tesis del Registrador, sería prácticamente imposible la repudiación de la herencia con la autorización parental, puesto que el beneficiario de la misma siempre tendrá, a su vez, relación de parentesco con la persona que haya autorizado o consentido.

En el FD 4, hecho insólito, la DG entra en el examen de un tercer defecto que no se había recurrido (falta de aportación de una de las escrituras intermedias para observar el principio de tracto sucesivo), en el que no voy a entrar por falta de interés. Finalmente, para acabar de asombrarnos, acuerda «*estimar el recurso interpuesto en cuanto a los defectos relativos al conflicto de intereses, únicos que han sido objeto de impugnación*».

PROPIEDAD HORIZONTAL

El acuerdo de prohibir el uso turístico de los elementos privativos exige el consentimiento de todos los propietarios, que puede ser acreditado mediante certificado expedido por el Secretario de la comunidad y no requiere el voto favorable de los propietarios no asistentes a la junta

Resolución JUS/2426/2014, de 14 de octubre (DOGC de 5 de noviembre de 2014)

Resumen: Se eleva a público el acuerdo de una comunidad de propietarios consistente en prohibir que los elementos privativos se destinen a «*la explotación de apartamentos o viviendas turísticas y cualesquiera otros usos*» que no sean los «*propios*». A la junta asistió, según certificado expedido por el Secretario de la comunidad, el 62,61 % de los propietarios, obteniéndose el voto favorable de todos los asistentes, salvo la abstención de un propietario; posteriormente, el acuerdo se notificó a los no asistentes, sin que ninguno de ellos



se haya opuesto en el plazo legalmente establecido. La Registradora de la Propiedad exige, para inscribir, el consentimiento expreso de todos los propietarios (al parecer, también el de los no asistentes), con base en el art. 553-25.4 CCCat. El Notario autorizante recurre la nota de calificación alegando que este precepto solo hace referencia a las limitaciones del uso y disfrute que ya esté siendo ejercitado por el propietario perjudicado; que debe referirse solamente al uso y disfrute de los elementos comunes, y que exigir el consentimiento expreso de todos los propietarios equivaldría a dar al propietario disidente «un derecho de veto o extorsión no querido».

La DGDEJ desestima el recurso. Después de aceptar que en un régimen de propiedad horizontal pueda haber limitaciones del uso de los elementos privativos —con base en los arts. 553-47, 553-11.2.e) y 553-37—, centra la resolución en «la aparente contradicción» entre el art. 553-25.2 (que se limita a exigir una mayoría de las cuatro quintas partes de los propietarios y las cuotas para modificar los estatutos) y el art. 553-25.4 (que exige el consentimiento expreso de los propietarios cuyas facultades de uso se vean disminuidas por el acuerdo). En la línea del art. 553-25.2, el Preámbulo de la Ley 5/2006 explica que la ley limita el principio de unanimidad «a casos muy puntuales». No obstante, el art. 553-25.4 no es tan restrictivo, a juicio de la DG, ya que, al utilizar la expresión «disminuyan las facultades de uso y disfrute de cualquier propietario», no concreta si estas facultades son «potenciales» o las que ya está ejercitando el propietario, ni si se limitan a los elementos comunes de uso privativo o si también se refieren a los elementos privativos, ni si se refieren a un elemento privativo determinado o a todos los del edificio.

La DG da una interpretación amplia al art. 553-25.4, ya que este precepto no distingue entre uso y disfrute adquiridos por el ejercicio previo y uso y disfrute «potenciales», por lo que considera exigible el consentimiento de todos los propietarios (criterio congruente con la RDGDEJ de 21 de abril de 2010). También entiende que la norma es aplicable no solo a las facultades relativas al uso y disfrute de los elementos comunes, sino también al de los elementos privativos, pues tampoco distingue entre unos y otros.

Más dudas parece albergar la DG en la cuestión de si el art. 553-25.4 exige el consentimiento expreso de todos los propietarios o solo el del propietario o propietarios afectados por el acuerdo (el Notario ve en este artículo una norma pensada para la protección de estos). La DG admite que la expresión «cualquier propietario» induce

a confusión, pero, al mismo tiempo, dicha expresión no excluye que la totalidad de los propietarios esté afectada por el acuerdo, lo que se aviene mejor con las anteriores consideraciones sobre el alcance del acuerdo; se trata, a su juicio, de una simple imprecisión lingüística.

Por último, la DGDEJ considera que el régimen de formalización de los acuerdos que rige la propiedad horizontal es aplicable a los acuerdos del art. 553-25.4, pese a hablar de «consentimiento expreso», por lo que es suficiente el certificado emitido por el Secretario de la comunidad expresando los propietarios asistentes a la junta y que hayan dado el consentimiento en dicha reunión; tampoco es necesario el consentimiento expreso de los propietarios no asistentes (que se no hayan opuesto al acuerdo), pues la ley equipara su actitud a una declaración de voluntad en sentido positivo a la adopción del acuerdo. No obstante, la existencia de una abstención en la votación revela que no todos los propietarios han consentido expresamente el acuerdo, por lo que no se puede considerar que este se haya adoptado legalmente.

Comentario: Creo que la cuestión de las limitaciones al uso de los elementos privativos por los estatutos no está adecuadamente regulada en la actualidad, como lo prueban las sucesivas resoluciones que se ven obligadas a abordar esta problemática (RRDGDEJ 1613/2010, de 21 de abril; 2299/2013, de 28 de octubre, y 2410/2014, de 9 de octubre). En este sentido, considero que sería fundamental que la ley (actualmente, en proceso de revisión) regulara claramente el supuesto del uso derivado de una actividad que se está ejerciendo por alguno o algunos de los propietarios en los elementos privativos en el momento en que la comunidad pretende prohibir dicha actividad. Y no solo debería abordar claramente la cuestión (en la actualidad, ni siquiera está claro si el legislador ha intentado regularla), sino que también debería establecer en qué casos la comunidad puede prohibir la actividad y en cuáles no, sin limitarse a exigir o a no requerir, con carácter general, el consentimiento del propietario perjudicado, lo que podría dar lugar a situaciones injustas para la comunidad o para el propietario, según el caso. Entiendo que la cuestión no es fácil de resolver y que una norma con rango de ley quizás no debería entrar en apreciaciones tan poco generalistas como el grado de molestia que deben tolerar los propietarios del inmueble, pero me parece evidente que se trata de una cuestión que se debería regular en la próxima reforma de la ley.

Recensión bibliográfica

Por Ángel Serrano de Nicolás

Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

«La deuda histórica del arbitraje moderno»

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Y FERNÁNDEZ

Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Madrid, 2014

La obra que me propongo reseñar, «La deuda histórica del arbitraje moderno», es el discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción como Académico de número, por el Excmo. Sr. D. Antonio Fernández de Buján y Fernández, que, siguiendo inveterada tradición, contiene, además, la contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

La primera característica a destacar, por la cual resulta también de interés para el Jurista moderno, es su permanente enlace con las instituciones actuales, lo que, por otra parte, es habitual en la obra del nuevo Académico; así, aparecen citados no únicamente los eminentes juristas romanos, sino también los modernos y contemporáneos que mayor atención le han dedicado a la institución del arbitraje o al arbitrio de tercero.

Es de destacar que se trata de un nuevo aporte del autor a instituciones que no son jurisdiccionales (basta recordar su amplísima aportación a la jurisdicción voluntaria, entre lo más reciente, *La Tercera de ABC*, de 28 de noviembre de 2014, «Jurisdicción voluntaria»), y que, como tales, su utilización supondría una manifiesta descarga de la actividad propiamente jurisdiccional, que, como tal, corresponde constitucionalmente al Poder Judicial, sin que por ello mengüe o se vea ensombrecida la idea de Justicia o Equidad, y, sin duda, pudiéndose lograr una mayor celeridad en la resolución de los conflictos.

Comienza la obra, Capítulo I, con unas iniciales páginas destinadas a su origen histórico, y allí ya destaca cómo el origen del arbitraje en Roma, en los primeros siglos, se relaciona con la solución de los conflictos de los romanos con extranjeros, y no se trataba solo de ser un complemento o alternativa a la jurisdicción, sino que se configura como la fórmula para la resolución de controversias por un tercero imparcial, elegido de común acuerdo por las partes interesadas. Y, además, destaca como elementos que reforzaron el arbitraje su propia rapidez, economía y sencillez en la tramitación, frente a la lentitud y el formalismo del proceso oficial; ciertamente, a día de hoy, podría decirse que no deja de ser muy coincidente, pero tampoco puede desconocerse que ciertas prácticas arbitrales (singularmente, en países del *Common Law*, más proclives a la institución arbitral que el nuestro, o en el ámbito mercantil, singularmente internacional) tienden a dilatarlo con un supuesto garantismo al modo y manera del proceso judicial, cuando podría ser (singularmente, el de equidad) relevante instrumento para solucionar conflictos en la economía globalizada, en que, más que contratos tipificados o sujetos a una legislación codificada, lo que hay es una gran incidencia de la libertad de pactos, justo para poder acomodarse a las cambiantes circunstancias del mercado.

Dedica también documentadas páginas al pacto de compromiso y a la relevante modificación que sufre el arbitraje en las etapas postclásica y justinianeas, y acaba esta primera parte con referencia a la vigente Ley de Arbitraje, no contemplada por la Constitución española de 1978.



Acto seguido, dedica amplia consideración a la distinción conceptual presente, como reseñaré de seguida, tanto en la jurisprudencia como en nuestra vigente legislación. Así, se refiere al *arbitrium merum*, identificable con el arbitraje compromisario, y al *arbitrium boni viri*, o decisión por persona recta (al que vuelve a referirse, al final del trabajo, al tratar de la impugnación de la resolución arbitral), con criterios de equidad, sobre un aspecto específico del ámbito contractual, familiar o sucesorio. Es esta institución a la que se ha referido, para aplicarla al usufructo con facultad de disposición, en orden a la determinación de la necesidad por un tercero, la STSJC de 22 de septiembre de 2003, y que, desde luego, puede encontrarse en el CC, cuando se refiere a la actuación de terceros (arts. 1447 o 1690,1 CC), o en el propio CCCat (art. 427-9.4 CCCat, para la determinación del legado o su subsistencia mediante el arbitrio de equidad). Debiéndose además destacar, como así hace el nuevo Académico, que, como señaló el Emperador Antonio Caracalla, la resolución de este árbitro no puede apelarse, pero sí cabe oponer la excepción de dolo malo y, por esta vía, resulta lícito revocar su resolución. Otras cuatro modalidades que también describe son las del *arbitrium arbitri* (que se corresponde con la expresión *arbitrium merum*, o decisión de la cuestión encomendada por las partes); *arbitrium iudicis* (o sujeta a la discrecionalidad del *iudex*); *arbiter datux* (nombrado por el Juez para, en la mayoría de los casos, cumplir una función ejecutiva específica); *arbitrium o compromissum plenum* (o arbitraje constituido sobre una o varias causas), y, finalmente, enumera otra serie de términos o expresiones jurídicas que derivan del sustantivo *arbiter*.

Examinada la reseñada terminología, también dedica amplia consideración a los distintos tipos de arbitraje. Así, al arbitraje no formal (que, al no tener protección por pretor o la ley, se mueve en el ámbito de la *fides* y moral ciudadana), y al ya dicho, y de relevante presencia actual, arbitraje de persona recta o justa (*arbitrium boni viri*), cuya esencia está en clarificar o precisar hechos o aspectos de un negocio jurídico sobre el que los interesados no pueden o quieren pactar o concretar (dentro de esta figura destaca cómo todavía la doctrina moderna discute entre el *arbitrium merum* y el *arbitrium boni viri*: el primero sería obligatorio para las partes, resulte justo o injusto, y el segundo sujeta la decisión a un hombre recto o justo, el *bonus vir*, cuya decisión sería recurrible jurisdiccionalmente, en caso de haber actuado de mala fe, con error manifiesto o grave injusticia).

Junto con los dos grandes tipos anteriores, también considera el *ius gentium*, el arbitraje legal (ya desde las XII Tablas), el arbitraje compromisario (o *merum arbitrium*, relacionándolo con los arts. 1820 y 1821 CC y D. 4, 8.27.5) y los arbitrajes de Derecho Público.

Tras la amplia y documentada tipología anterior, no faltan unas amplias páginas dedicadas al arbitraje en Atenas, remontándose a la época homérica.

A dos institutos omnipresentes, ayer y hoy, dedica el Capítulo II, como son la *bona fides* y la *aequitas* (especialmente contemplada en el art. 111-9 CCCat), dentro de los arbitrajes y los negocios *iuris gentium*, con una clara distinción entre la *fides* primitiva, como fundamento de los pactos, y la *bona fides* (o nuestra actual *buena fe*, arts. 7.1 CC y 111-7 CCCat, para los derechos subjetivos), como regla de conducta y medida de responsabilidad; en esta línea, destaca cómo la *bona fides* tendría un matiz más objetivo y objetivable que la *fides*, junto con su inicial identificación como elemento interno en la estructura de determinadas relaciones y su encuadre ulterior dentro del cumplimiento de los usos del tráfico, la ética comercial, la bilateralidad y reciprocidad de conducta, cuyo principal ámbito de actuación sería el patrimonial; fiel reflejo de ello es nuestro vigente art. 1258 CC, para

la integración de los contratos. Desde luego, en lo que a la equidad se refiere, no puede por menos que referirse, aunque el Derecho romano sea de constante referencia, al *Common Law* y la *Equity*.

Llegados a este punto, dedica el Capítulo III a los arbitrajes de naturaleza pública, y, aunque se trate eminentemente (que no exclusivamente) de una visión histórica, bien puede decirse que, conforme se va leyendo, se va incrementando la deuda, o lo que es lo mismo, la clara manifestación del engarce histórico de las distintas modalidades de arbitraje, aunque los pueda separar de entonces a ahora la radical evolución económica, lo que no excluye (y es lo trascendente) ver la raíz para saber distinguir dichas categorías y tipos arbitrales en su actual configuración y utilización. Al efecto, inicialmente considera el que quizás sea hoy el más relevante modo de arbitraje, es decir, el arbitraje internacional, singularmente en el ámbito comercial, aunque sin poder olvidar (y es de lo que, según nos dice, hay más numerosos ejemplos en las fuentes literarias) el arbitraje como vía especial para la solución entre comunidades políticas. Después se centra en el estudio del arbitraje federal (de marcado carácter político o militar) y, finalmente, dentro de esta distinción, en el arbitraje administrativo; aquí no puede uno por menos que recoger, como quizás el más conocido caso, el que se dio entre dos comunidades indígenas, situadas en las confluencias del Ebro con sus afluentes Jalón y Huerva, lo que sería la actual Zaragoza, a propósito de la canalización de una acequia posiblemente para regadío, con una amplia descripción del supuesto y del descubrimiento del mismo al descubrirse la *Tabula Contrebiensis*.

Concluye su erudito y afinado estudio, reitero que ampliamente relacionado con la mejor doctrina actual, con el Capítulo IV, destinado a las bases romanísticas del arbitraje actual, en el que de forma muy extensa analiza las concordancias entre el Derecho Justiniano y el arbitraje vigente. No puede menos que decirse que no hay apartado de la vigente legislación que no encuentre fiel reflejo en su disertación, ya sea para ver su evolución o, en su caso, para resaltar cómo se ha desechado alguna de aquellas soluciones. En todo caso, sí quiero destacar alguna de las cuestiones que más pueden interesarnos actualmente; así, el arbitraje testamentario, que encuentra ya su antecedente en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a. C., y, junto con estas posibles utilidades del arbitraje, el hecho de que no solo considera sus modalidades, sino también los requisitos, tal que la capacidad, su nombramiento, excusas y motivos de abstención, la responsabilidad y, finalmente, la provisión de fondos. Entre estas múltiples cuestiones, conviene destacar que por entonces no se exigía número impar, aunque, si las partes no llegaban a un acuerdo, el pretor «les obligará a designar a un tercero, cuya autoridad deberá ser reconocida» (así, Ulpiano en D. 4, 8.16.6, y no radicalmente distinto el vigente art. 12 LA).

Aun antes de concluir su disertación, realiza un detenido estudio, aquí más centrado en la legislación vigente, aunque no falten referencias concretas y precisas al Derecho histórico, en orden a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, la posible anulación de la sentencia arbitral y, desde luego, pues no es sino su finalidad última, a su ejecución y los efectos de cosa juzgada.

Como concluye su estudio podría concluirse también, es decir, como en toda obra de referencia (y esta lo es), que resulta imprescindible consultarla para cualquier estudio serio del arbitraje, así como para cualquier reforma que se pueda pensar de futuro del texto vigente, dado que así se lograría, al ver claramente las raíces de la institución, su aplicación y las causas (aunque la realidad económico-social e incluso política sea muy diferente) que originaron su regulación y su evolución, textos menos complejos, más omnicomprensivos y, desde luego, de mayor técnica y calidad jurídica.

El Notariado europeo celebra su reunión anual en el Colegio



Foto de grupo de los asistentes a la reunión

Más de un centenar de notarios de toda Europa, procedentes de treinta y seis países —cinco de ellos, ojeadores—, se reunieron en Barcelona el 21 y 22 de noviembre de 2014, en la que fue la segunda reunión plenaria que la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL) celebra en la Ciudad Condal, después de la designación de Barcelona como sede semipermanente de esta Comisión en el mes de mayo de 2013. La sede física de este encuentro anual es el Colegio Notarial de Cataluña.



La reunión plenaria de la CAE contó con delegados de treinta y seis países europeos



Los principales representantes de la CAE presidieron la reunión. De izquierda a derecha: Ernesto Tarragón, Consejero de Dirección de la UINL y Vicepresidente de la CAE; Thierry Vauchon, Secretario; Pierre Becqué, Presidente; Mario Miccoli, Vicepresidente de la UINL, y Marianna Papakyriakou, Vicepresidenta

Los temas tratados se estructuraron en cinco bloques. Así, se trató la supervisión de la práctica notarial en Europa; la certificación, legalización y autenticación; la evolución del Derecho de Familia; la actividad notarial en relación con los ciudadanos extranjeros, y la colaboración entre notarios europeos. Además, se presentó una propuesta de colaboración con los notarios de Quebec y Canadá en cuanto al estudio de los regímenes matrimoniales en Europa.

En el acto inaugural, intervino Pierre Becqué, Presidente de la CAE, quien, acompañado de Thierry Vauchon, Secretario de la institución, y de Ernesto Tarragón, Consejero de Dirección de la UINL y Vicepresidente de la CAE, hizo un repaso a los temas tratados en las principales reuniones mantenidas a lo largo del último año. Entre ellas, la relación con la Unión Europea, con la CNUE, las jornadas sobre el Reglamento de Sucesiones en determinados países o la creación del grupo de trabajo *task force*, del que forman parte notariados anglosajones y que estudiará la conexión entre aquel sistema jurídico y el latino. También se informó de la apuesta por los alumnos en prácticas o de nuevas soluciones para los ciudadanos, como la mediación. Ernesto Tarragón destacó especialmente la sesión realizada meses atrás en Alicante, en la que se presentaron EUFIDES y un amplio estudio acerca de la aplicación de la Ley de Residencia en la zona. También intervino Mario Miccoli, Vicepresidente de la UINL, quien expuso las principales decisiones tomadas en el marco de la institución, entre ellas, la exclusión de observadores británicos o el aumento del número de delegados de cada país.

A lo largo de dos días, se constituyeron diversos grupos de trabajo para tratar cada uno de los cinco temas fundamentales de estudio, de los que actualmente se están elaborando informes que serán accesibles desde la página web de la UINL: <http://www.uinl.org>.

LA COMISIÓN DE ASUNTOS EUROPEOS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

La Comisión de Asuntos Europeos (CAE) es la comisión de Europa en la Unión Internacional del Notariado (UINL), la organización no gubernamental que integra a ochenta y tres notariados de todo el mundo y que promueve, coordina y desarrolla la función y la actividad notarial en el mundo entero. En total, representa a dos terceras partes de la población mundial y a más del 60 % del producto interior bruto mundial. Divide su actividad por continentes, y es la CAE la que trata todas las cuestiones europeas.

Forman parte de la UINL cerca de trescientos mil notarios de todo el mundo, cuenta con dos millones de colaboradores y genera, aproximadamente, cuatrocientos millones de escrituras cada año. Entre los ochenta y tres países del mundo entero que la integran, se incluyen veintinueve de los veintisiete países de la Unión Europea y quince de los diecinueve que pertenecen al G20.

La CAE reúne a todos los países miembros de la UINL ubicados en Europa —treinta y nueve notariados—, entre ellos, veintidós de los veintiocho de la Unión Europea y quince de los diecinueve del G20 —y cinco más como observadores.



Vida corporativa



El Alcalde de Barcelona, Xavier Trias, inauguró el acto académico

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, EJE DEL PRIMER ACTO DE LA ACADEMIA NOTARIAL EUROPEA EN BARCELONA

En el marco de la reunión plenaria de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL), la Academia Notarial Europea, con sede también en el Colegio, celebró, el 21 de noviembre, su primer acto académico en Barcelona: la Jornada *Europa, notarios y consumidores*. En ella intervinieron Francisco Fonseca, Director de la representación en España de la Comisión Europea; Yves Picod, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Perpiñán, y Francisco Marín, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La inauguración de la Jornada contó con la presencia de Xavier Trias, Alcalde de Barcelona, así como de Pierre Becqué, Presidente de la CAE; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, y José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado.

Pierre Becqué destacó el hecho de que *«el acto es una muestra de apertura de los notarios europeos a la ciudad»*, y aseguró que la Academia Notarial Europea, tras unos primeros años muy centrada en la formación y la asistencia técnica y política a los notariados nuevos, ahora se centra fundamentalmente *«en temas de actualidad que afectan a los notarios y al mundo económico y jurídico»*. Por su parte, Joan Carles Ollé quiso remarcar la importancia de ser sede de la CAE y de la Academia Notarial, desde donde *«queremos aportar valor, sumar conocimiento e incorporar nuestra amplia experiencia en beneficio, finalmente, de los ciudadanos»*.

Así, destacó que *«nuestra prioridad es dar un impulso a la función social de los notarios, en un momento en que el contexto actual sitúa la figura del Notario en una nueva centralidad jurídica»*. José Manuel García Collantes destacó que *«la CAE tiene una vertiente fundamentalmente científica, ya que estudia el Derecho ya constituido»*. Xavier Trias, finalmente, quiso recordar que *«Barcelona, junto con Roma y Bruselas, son las ciudades de referencia del Notariado europeo»*, y aseguró que *«los ciudadanos cuentan con un alto nivel de seguridad jurídica gracias a que los notarios ofrecen la máxima transparencia, garantía y rigor»*.

Francisco Fonseca: «La construcción de un Derecho Privado europeo quiere garantizar a operadores jurídicos y consumidores que la libre circulación no sea una pesadilla»



De izquierda a derecha: Francisco Fonseca Morillo, Director de la representación española de la Comisión Europea; Francisco Marín Castán, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña; Pierre Becqué, Presidente de la CAE; José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado; Yves Picod, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Perpiñán, y Ángel Serrano, coordinador del acto

La primera ponencia de la Jornada corrió a cargo de Francisco Fonseca, Director de la representación en España de la Comisión Europea, quien, bajo el título *«El Derecho Privado europeo: del reconocimiento mutuo al Derecho europeo de Compraventa»*, aseguró que estamos viviendo *«la construcción de un espacio europeo de justicia, libertad y seguridad»* basado en el Derecho Privado europeo, con el objetivo de *«garantizar a operadores jurídicos y consumidores que la libre circulación no sea una pesadilla»*, como en el caso del tráfico mercantil o el Derecho de Familia, *«especialmente para el 6 % de los europeos que viven actualmente fuera de su espacio nacional»*. Así mismo, afirmó que *«la creación de un corpus de Derecho Privado europeo se está haciendo con base en el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales»*, y aseguró que *«este corpus común, que se está construyendo en Bruselas,*



necesita de un partenariado público-privado con actores sociales y legales». Con el objetivo de «evitar trabas al comercio transfronterizo», Fonseca afirmó que ya en el año 2001 se propuso poner en marcha un código jurídico europeo para empresas y consumidores, y se detuvo en repasar brevemente la actual propuesta de Reglamento sobre la compraventa europea unificada, que en estos momentos se está adaptando a los requerimientos establecidos desde el Parlamento Europeo, lo que supondrá «limitar su ámbito de aplicación a las compras online para conseguir un mercado digital único europeo».

Yves Picod: «La Ley de Consumo francesa tiene como pilares que el profesional sea más responsable y aumentar los derechos del consumidor»

Yves Picod, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Perpiñán, habló sobre «La reforma francesa del Derecho de Consumo en relación con la Directiva europea 2001/83/UE». En su exposición, hizo un repaso a la Ley de Consumo de 17 de marzo de 2014, cuyo planteamiento de fondo ha sido «cómo hacer eficaz el derecho sobre el consumo y potenciar el consumo responsable». Picod destacó que la Ley «ha conseguido un reequilibrio de los derechos individuales y de los poderes colectivos». Así, afirmó que «el pilar es que el profesional sea más responsable, por un lado, y, por otro, aumentar los derechos del consumidor, educándole acerca de la información que puede exigir de los productos y buscando la efectividad de estos derechos del consumidor». Por otro lado, aseguró que la nueva Ley también «refuerza los poderes de la Administración, ya que determina su obligación de perseguir y sancionar cuando no se cumpla lo establecido».

Francisco Marín: «Nuestra principal preocupación es que la protección al consumidor sea verdaderamente efectiva»

Francisco Marín, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, expuso el tema «Protección del consumidor en la jurisprudencia civil española». Afirmó, en primer lugar, que «la principal preocupación de los jueces españoles es que la protección al consumidor sea verdaderamente efectiva», objetivo para el que aseguró que «la contribución del Derecho europeo ha sido totalmente decisiva». Así, repasó las distintas sentencias y directivas de la Unión Europea en el ámbito de la Ley Hipotecaria, destacando especialmente la Sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, y la Sentencia de 20 de enero de 2014, sobre swaps. En definitiva, afirmó que «se busca siempre un equilibrio entre la protección del consumidor y el arreglo al Derecho», y aseguró que «la Sala Civil reconoce la labor de la función notarial y cree necesaria una reflexión conjunta y autocrítica sobre si los integrantes de la comunidad jurídica hemos hecho todo lo necesario para la protección del consumidor».

Finalmente, Ángel Serrano, Notario de Barcelona y coordinador de la Jornada, hizo un breve repaso a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo, sobre préstamos hipotecarios, que dio paso al posterior debate.

La Academia Notarial Europea es el centro de formación de los notarios de Europa y centro de estudio, análisis e investigación que constituye un punto de encuentro de los notarios europeos y, a la vez, un acercamiento de estos al resto de operadores jurídicos, al mundo universitario y a la sociedad, manteniendo un permanente contacto con la realidad y con la vanguardia científica. Así, promueve congresos, conferencias y encuentros internacionales, y reflexiona y desarrolla estudios con el fin de contribuir a la elaboración de políticas de acción a medio y largo plazo que permitan reforzar e incrementar la seguridad jurídica preventiva en las relaciones entre particulares. Por otra parte, analiza y avanza en la forma en que debe evolucionar la función notarial como elemento clave para el desarrollo de las transacciones entre los agentes económicos.

La Academia Notarial Europea constituye un punto de encuentro de los notarios europeos y, a la vez, un acercamiento de estos al resto de operadores jurídicos, al mundo universitario y a la sociedad

Jornada Notarial de Sant Benet



La Jornada reunió a 70 notarios de Cataluña en un "espacio de exposición, reflexión y debate de temas que nos preocupan y nos ocupan", según afirmó Joan Carles Farrés, coordinador

El pasado 18 de octubre tuvo lugar la Jornada Notarial de Sant Benet, un punto de encuentro, reflexión y debate alrededor de muy diversos temas de actualidad de la profesión en el que tomaron parte setenta notarios de Cataluña. La Jornada fue inaugurada por el Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, quien destacó «*la intención de dar una cierta continuidad a las Jornadas Notariales de Poblet*», celebradas entre los años 1962 y 1971 en distintas ciudades españolas y promovidas por el entonces Decano del Colegio Notarial de Barcelona, Ramon



De izquierda a derecha: Albert Domingo, Notario de Vilassar de Mar; Joan Carles Farrés, coordinador de la Jornada; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña; Susan Marsinyach, moderadora y Notaria de Santpedor, y Víctor Asensio, Notario de Arenys de Mar

Faus i Esteve. El coordinador de la Jornada, Joan Carles Farrés, aseguró que *«la intención de la Comisión Organizadora ha sido, básicamente, la de constituir un espacio de exposición, reflexión y debate de temas que nos ocupan y nos preocupan»*.

La primera mesa se dedicó a «Las relaciones entre compañeros y conexión con la sociedad», y en ella expusieron su visión Albert Domingo Castilla, Notario de Vilassar de Mar, y Víctor Asensio Borrellas, Notario de Arenys de Mar. En su intervención, Albert Domingo hizo un repaso, en primer lugar, a la doble condición de la profesión notarial como profesionales del Derecho —empresarios— y como funcionarios. Así, recordó que *«con la Ley del Notariado se recupera la confianza en el Notario, al crearse un cuerpo único con una regulación, marcar la separación de la fe judicial y extrajudicial, fijar un sistema de ingreso por oposición, reducir el número de notarías, marcar el doble carácter de funcionario público y profesional del Derecho, la competencia territorial, el arancel o el control de legalidad»*, entre otros. Afirmó que *«la finalidad de los notarios es servir profesionalmente y no funcionalmente»*, y remarcó la importancia de que *«los notarios seamos activos en el asesoramiento imparcial y de calidad; de escuchar, explicar y hacer entender el redactado para que quien firme sepa todas las consecuencias de lo que firma. Esto es dar seguridad jurídica preventiva»*. Así, afirmó que *«quien entra en el despacho debe encontrar a un Notario profesional; después, a un funcionario, y, además, paciencia»*, y apostó por *«huir de la formalidad vacía de contenido, de ser simples funcionarios que legitimamos una función pública»*. Domingo también quiso hacer mención de las cláusulas abusivas, recordando que existen *«porque los operadores no cumplen con el criterio de claridad»*, y aseguró que *«la información es la principal protección del consumidor en los préstamos financieros»*. En este sentido, aseguró que *«debemos detectar y dar información sobre las cláusulas abusivas, redactar una lista de cláusulas abusivas junto con las entidades de crédito y avisar y notificarlas a estas entidades»*, y lanzó diversas propuestas para reforzar la función notarial.



En la mesa dedicada a ANCERT, participaron César Belda, Decano del Colegio Notarial de Valencia (segundo por la izquierda), y Juan Antonio Andújar, Notario de Barcelona (a la derecha)

Por su parte, Víctor Asensio centró su exposición, básicamente, en las relaciones profesionales. En este ámbito, expuso la utilidad de las reuniones de distrito y la necesidad, incluso, de reforzarlas, así como de las asambleas del Colegio. En cuanto a relaciones a través de internet, expuso las mejoras que ha supuesto el hecho de contar con redes como SIGNO y ANCERT, así como EUFIDES, el sistema europeo de conexión entre notarios, dado que *«el futuro va hacia una mayor integración de los notarios tanto de Europa como del mundo»*. También destacó la utilidad de diversas webs, como la del propio Colegio, con el sistema de atención colegial, así como el uso de redes sociales como LinkedIn, Facebook o Twitter. Asensio también habló de la conexión del Notario con la sociedad, entendiendo esta como *«un elemento muy plural, muy atomizado en elementos diferentes»*. En este ámbito, distinguió entre la conexión con los no clientes y con los clientes. Entre los no clientes —como la Universidad, los políticos, los medios de comunicación o las redes sociales—, expuso la importancia de *«explicar con claridad la función notarial —que no es otra que decir la verdad sobre lo que se ve y documenta y controlar la legalidad— y explicar la retribución por arancel»*. Por otra parte, en cuanto a la relación con clientes, habló de la relación con ciudadanos o personas físicas, con empresarios —en ambas afirmó que la conexión del Notario tiene que ser profesional pero muy próxima, adaptándose al mercado—



Vida corporativa

Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó "la intención de dar una cierta continuidad a las Jornadas Notariales de Poblet", celebradas entre los años 1962 y 1971

y en casos en que intervienen ciudadanos y empresarios, donde hará falta «*conciliar estos dos elementos, a pesar de que la balanza inevitablemente tiene que caer a favor del ciudadano, que es el más necesitado de protección*».

Finalmente, Asensio comentó la prohibición o limitación de los notarios a la hora de hacer publicidad de sus servicios, y afirmó que «*cualquier práctica que fomente la elección de un Notario sobre otro va en contra de este principio y será prohibida*», apostando por ofrecer exclusivamente información de servicio y recurrir a las redes sociales a título personal.

La segunda mesa llevaba por título «ANCERT: ¿amigo o enemigo?», y en ella tomaron la palabra Juan A. Andújar Hurtado, Notario de Barcelona, y César Belda Casanova, Decano del Colegio de Notarios de Valencia y Consejero Delegado de ANCERT, la Agencia Notarial de Certificación. Juan A. Andújar expuso, en primer lugar, que «*ANCERT ha cambiado nuestra manera de plantearnos el día a día en el despacho y ha supuesto un cambio radical en cuanto a la forma en que se trata la información*». Así, destacó ventajas como el hecho de que permite comunicaciones y envíos de copias electrónicas entre notarios, liquidaciones fiscales y presentaciones a los registros competentes, entre otras. Por otra parte, afirmó tener dudas alrededor de tres grandes bloques: la estructura jurídico-societaria de ANCERT, su gestión financiera y los servicios y decisiones funcionales, puntos que fueron comentados en la posterior intervención de César Belda. Este afirmó que «*ha faltado comunicación y transparencia*» y lamentó «*no haber informado más a los notarios de la trascendencia que tiene ANCERT para nosotros*». Así, aseguró que «*si no hubiéramos hecho la apuesta tecnológica, hoy no existiríamos, porque el futuro notarial pasa por aquí*», y, entre otros, destacó la importancia «*del control de datos que ha permitido crear la OCP y realizar el control del blanqueo de capitales*». Afirmó que, hoy día, existen dos cuestiones fundamentales: por una parte, «*toda la información que contiene la escritura pública*» y, por otra, el hecho de que «*la escritura pública supone una prestación de servicios y tenemos que garantizar el Estado de Derecho y ver la Notaría como una prestación de servicios*». En cuanto al Plan Estratégico de ANCERT, aseguró que sus tres buques insignia son «*la firma electrónica, el Índice Único y el diseño de un programa que simplifique los trámites y abarate los costes*». Dando respuesta a la pregunta lanzada por su compañero, afirmó que «*las decisiones las toma el Consejo de Administración, se ratifican en el Consejo General del Notariado y se evalúa*

la memoria económica y el impacto de cualquier medida para decidir qué hay que hacer». Finalmente, entre los proyectos actuales, comentó que se intentará poder obtener los certificados de cargas a través de un acuerdo con los administradores de fincas, exportar el sistema, realizar actos censados desde la Notaría o liquidar el impuesto de sucesiones y transmisiones, entre otros.

La tercera de las mesas celebradas durante la Jornada llevó por título «El papel de los colegios notariales en el siglo XXI», e intervinieron en ella Fermín Moreno Ayguadé, Notario de Tarazona, y Marta Clausí Sifré, Notaria de Tàrrega. El primero centró su intervención en la reforma del Reglamento Notarial del año 2007, que calificó de «*verdadero retroceso*». En este sentido, aseguró que el Consejo General del Notariado se extralimitó en sus funciones en perjuicio de los colegios y, además, en materias especialmente importantes, como son los artículos 344, 327 y 348. En cuanto a la actual estructura corporativa, afirmó que «*a pesar de ser manifiestamente mejorable, ofrece medios para canalizar institucionalmente estas inquietudes*». Por otro lado, mostró su discrepancia con la decisión inicial del Consejo General del Notariado de no aprobar el Reglamento de Régimen Interior del Colegio, en virtud del artículo 11, y, finalmente, se centró en la utilidad de los colegios, fundamentalmente centrada en el desarrollo del principio deontológico en el reglamento de los colegios, el reglamento disciplinario y, fundamentalmente, la proyección notarial en la sociedad, la protección al consumidor, el ofrecimiento de servicios a los notarios y hacer posible la interlocución necesaria con la Administración Pública. En definitiva, afirmó: «*Los colegios tienen que mantenerse como están y reforzar sus funciones, ya que por su estructura es desde donde se puede seguir defendiendo la función y la imagen de los notarios, y aplicar el régimen disciplinario*».



Marta Clausí Sifré, Notaria de Tàrrega, y Fermín Moreno Ayguadé, Notario de Tarazona, en la mesa centrada en «El papel de los colegios notariales en el siglo XXI», moderada por Mariano Gimeno, Notario de Barcelona



Marta Clausí inició su intervención asegurando que *«para afrontar el futuro hay que conocer el pasado y el presente»*, por lo que expuso cuáles son los dos grandes sistemas de organización notarial en Europa. Por un lado, afirmó: *«Existe el alemán, que es descentralizado, interterritorial, con Länder con mucha fuerza y dos grandes cámaras: unas equivalentes a nuestros colegios —con muchas competencias— y otras con pocas competencias»*. Y, por otra parte, está el sistema francés, *«en que hay una base territorial pero muy residual, ya que es el Consejo General del Notariado francés quien tiene prácticamente todas las competencias y las cámaras territoriales tienen muy pocas»*. Este es un sistema centralista, que rige también en otros países europeos como Italia o los Países Bajos, *«donde están llegando casi a una completa liberalización y desregularización»*. Clausí afirmó que España contaba con un sistema descentralizado hasta la creación, en el año 1984, del Consejo General del Notariado, *«lo que supuso el inicio del desequilibrio»*. Con la reforma de 2007, aseguró que *«continúa la tendencia a la disminución de las facultades de los colegios y, hasta ahora, todos los intentos de reforma han fracasado. Hacen falta aportaciones a una visión global»*. En este sentido, para coordinar los colegios con el Consejo General del Notariado,



En la mesa «En torno del futuro del Notariado: el acceso a la profesión, el Estatuto de Cataluña y nuevos retos», participaron Francesc Torrent, Notario de El Masnou; Juan Gómez Martínez, Notario de Sabadell; María Sáez de Santamaría, Notaria de Tarragona; Cristina García Lamarca, Notaria de Manresa, y Ángel Serrano, Notario de Barcelona. En el centro, Joan Carles Farrés, moderador

Clausí propuso intentar recuperar los equilibrios entre colegios grandes, medianos y pequeños, y entre estos y el Consejo General del Notariado, afirmando que *«el instrumento tendría que ser normativo, haciendo una reforma reglamentaria en profundidad o una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva»*. Finalmente, destacó la importancia de fijar un método de trabajo que permita que todo el mundo participe a través de las juntas de distrito y se cree una cadena de transmisión de aquí a las juntas directivas, y de las juntas al Consejo General del Notariado. Por último, quiso dejar constancia de que *«los colegios hacen lo que pueden, pero están muy limitados por el Consejo General del Notariado y por la Dirección General de los Registros y del Notariado»*.

La última mesa se centró en el tema «En torno del futuro del Notariado: el acceso a la profesión, el Estatuto de Cataluña y nuevos retos», y en ella participaron Francesc Torrent, Notario del Masnou; Ángel Serrano, Notario de Barcelona; Cristina García Lamarca, Notaria de Manresa; María Sáez de Santamaría, Notaria de Tarragona, y Juan Gómez Martínez, Notario de Sabadell. El primero de los ponentes de la mesa, Francesc Torrent, expuso en su intervención que *«el Notariado tiene un buen futuro, en la medida en que atendemos directamente al otorgante del documento y controlamos y conformamos la hora de la verdad, es decir, preservamos la legalidad»*. Así, aseguró que *«nuestra profesión siempre se ha salvado por la ejemplaridad personal y profesional»*, y, en cuanto a la presencia social y ciudadana, hizo una retrospectiva histórica recordando que *«el ascensor social siempre ha funcionado a la perfección en Cataluña e históricamente los notarios hemos sido relevantes, como lo fuimos en la época de la Compilación o actualmente, en que el Colegio es sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado, estamos próximos a la Administración catalana y contamos con notarios mediáticos»*. En cuanto al acceso a la profesión, hizo mención de la competencia de la Generalitat en cuanto a las oposiciones a notarías y a la provisión de los concursos, en virtud del artículo 147 del Estatuto. También repasó la estadística del uso del catalán en la Universidad y propuso *«elaborar un nuevo temario de los ejercicios de la oposición en Cataluña donde el Derecho catalán tuviera el reconocimiento y la presencia que le corresponde»*. En cuanto al uso del catalán en las notarías, destacó que la estadística lo sitúa actualmente alrededor del 11 %, en términos generales, y del 20 %, en cuanto a los documentos mercantiles. Como conclusión, aseguró que *«es necesario que la Generalitat haga uso de sus competencias en cuanto al nombramiento de notarios por oposición y en los traslados de concursos»*, y afirmó que *«se tiene que refundar el Notariado con paciencia y tranquilidad, dando a los futuros opositores catalanes la oportunidad de examinarse en su lengua y con el Derecho Privado del país»*.

Por su parte, Ángel Serrano afirmó en su ponencia que *«es difícil mejorar el modelo actual de acceso a la profesión, dado que ya estamos entre los cuerpos más selectos, sino el que más»*. Aun así, aseguró que *«es el Notariado quien se tiene que adaptar a la Universidad, no al revés»*, y que los catedráticos sienten admiración por el Notariado y su forma de elección, pero *«hay que incidir en la Universidad y tener más presencia»*. En cuanto al programa de



Vida corporativa

Tras cada una de las mesas celebradas, tuvo lugar un extenso debate en el que numerosos compañeros de profesión tomaron la palabra para realizar sus aportaciones a todos los temas tratados

opositores, aseguró que *«ha de adaptarse al siglo XXI y a la profesión notarial»*, y, a pesar de considerar *«no ser necesarios grandes retoques, sí haría falta incorporar algunas modificaciones»*. Así, consideró importante *«dar más relevancia al Derecho Sucesorio catalán, incorporar más Derecho Internacional Privado —o incluso Comparado—, mayor presencia del Derecho Notarial y Mercantil, e incorporar, en el Derecho Administrativo Procesal, más atención al procedimiento de ejecución y a cuestiones relevantes desde la óptica notarial»*. También hizo mención del Urbanismo, *«que requeriría en el programa de un estudio considerable»*, y apostó por incorporar *«más Derecho Administrativo y sancionador»* y por la inclusión de *«la Ley de Jurisdicción Voluntaria en temas específicos de Derecho Procesal»*.

Cristina García Lamarca aseguró que *«el reto es ser avanzado en las construcciones jurídicas y adaptarnos a la realidad social y a las nuevas tecnologías»*. En este sentido, afirmó que, en el ámbito del Derecho Sucesorio, cada vez hay más bienes de carácter inmaterial o digital, lo que definió como *«la herencia digital»*, como, por ejemplo, los perfiles y las cuentas en redes sociales. En este sentido, afirmó que *«no existe un reglamento específico en España, pero sí en otros países, como en Estados Unidos, donde las empresas tienen la obligación de entregar a los herederos este material»*. En nuestro país, según expuso, *«hay que ir revisando qué se ha pactado con cada empresa y encontramos respuestas diferentes»*. Hay que tener en cuenta, advirtió, que en muchos casos no se adquiere la propiedad del contenido —como en Amazon o iTunes—, sino solo la licencia de uso, de manera que el derecho no es transmisible y, al morir, se borra el contenido, según ya habrá quedado previamente fijado en el contrato de adhesión. En el supuesto de que la persona tenga interés en transmitir este contenido digital —por ejemplo, contraseñas, mantener una cuenta, decidir quién la gestiona, etc.—, sería necesario pactarlo en cada caso con la empresa. En este sentido, lanzó varias propuestas para que la función notarial incluya estos supuestos. Finalmente, concluyó que *«lo cierto es que cada vez hay más perfiles sociales y contenido digital, que hay un cierto interés en transmitirlo cuando morimos y que el Notariado tiene que ofrecer soluciones al respecto»*.

María Sáez de Santamaría inició su intervención asegurando que *«hacen falta soluciones jurídicas rápidas cuando sentencias de nuestro país se ven superadas por las europeas»*, y comentó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la libre circulación de capitales y el Espacio Económico Europeo, sentencia dictada el pasado 3 de septiembre, que determinó el incumplimiento del Estado, con la infracción de los artículos 63 y 40, y que afecta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones. En cuanto a la tributación del Impuesto de Sucesiones tras la Sentencia, se manifestó partidaria de que *«la liquidación se presente a la Hacienda estatal, no a la autonómica, y que se presente recurso exclusivamente para reclamar la diferencia ingresada previamente y que ahora tendrán que devolver»*. Finalmente, recordó que, en cuanto a la publicidad ante los clientes, recientemente se han puesto en marcha diversas iniciativas corporativas en las redes.

Para finalizar, Juan Gómez Martínez inició su intervención exponiendo los principios de la actuación notarial en relación con las cláusulas abusivas, de las que afirmó que *«en el ámbito técnico-jurídico, la actuación es lamentable, ya que estamos muy limitados, el sistema es muy lento y, sumado a la Sentencia de 20 de mayo de 2008, que anuló el artículo 145 del Reglamento Notarial, todo ello nos deja “al pie de los caballos”»*. Por ello, aseguró que *«el sistema es obsoleto, mal concebido y altamente perjudicial para los ciudadanos y para la función notarial»*, pidiendo *«que nos habiliten herramientas y se otorgue al Notario el control de legalidad de las cláusulas contractuales en el momento en que el contrato se cierra, es decir, cuando se firma la escritura, lo que solo conseguiremos reviviendo el derogado artículo 145 del Reglamento Notarial»*. En cuanto a la actuación corporativa en el ámbito de la protección al consumidor, consideró que *«tenemos que dedicar nuestros esfuerzos a la protección del ciudadano y al asesoramiento»*.



La Jornada fue clausurada por Santiago Ballester, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña (centro)

Tras cada una de las mesas celebradas, tuvo lugar un extenso debate en el que numerosos compañeros de profesión tomaron la palabra para realizar sus aportaciones a todos los temas tratados.



En la clausura de la Jornada, Joan Carles Farrés recordó que *«es en torno a la escritura pública que tenemos que ir construyendo nuestro futuro»*, y se mostró satisfecho por el desarrollo de la Jornada, que *«nos debería hacer reflexionar individual y colectivamente»* y de la que afirmó que *«nos debe marcar el camino a seguir»*. Joan Carles Ollé quiso destacar especialmente algunos de los retos fundamentales de la función notarial. Así, remarcó que *«el principal tesoro que tenemos es el fundamento ético y moral de la profesión, que es lo que nos da credibilidad»*, y destacó *«la labor asesora y el control de legalidad, que justifican la utilidad del Notario ante la sociedad»*, así como el importante papel del Notario en la protección al ciudadano. En este sentido, reivindicó *«las modificaciones legislativas que sean necesarias para reforzar esta protección, como, por ejemplo, en materia de cláusulas abusivas»*, para las cuales solicitó, una vez más, *«que el Notario pueda realizar un control efectivo de legalidad, ya que el actual sistema no funciona y perjudica a los ciudadanos»*. En cuanto al ámbito tecnológico, quiso recordar que *«la apuesta tecnológica ha sido crucial para el Notariado»*, recordando que *«la profesión se sitúa a la vanguardia en este ámbito gracias a la creación, hace ya catorce años, de ANCERT»*. En cuanto a la colaboración con la Administración Pública, el Decano del Colegio afirmó que *«el gran reto es mantener el equilibrio entre esta colaboración y la utilidad y el servicio a los notarios»*. Finalmente, recordó *«la importante función del Consejo General del Notariado y de los colegios, labor esta última que debe también ser preservada»*, y afirmó que *«las reformas de la organización corporativa tienen que mantener el equilibrio entre las dos instituciones»*. Por último, también recordó que el Notariado es un cuerpo único estatal, pero que *«las comunidades autónomas, entre ellas, Cataluña, tienen determinadas competencias que se ejercen de manera coordinada entre las dos administraciones, con diálogo, y están funcionando muy bien, como los concursos coordinados o la demarcación»*. En definitiva, afirmó: *«Somos una profesión útil para el ciudadano, viva y de futuro»*.

La Jornada fue clausurada por Santiago Ballester, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, quien recordó que *«los notarios tenéis un gran prestigio ganado a pulso»*. Aseguró que *«vuestra actividad como fedatarios públicos es cada vez más importante, y habéis pasado de ser necesarios a imprescindibles en la defensa de la seguridad jurídica preventiva»*, y destacó, así mismo, *«la gran labor desarrollada en el ámbito del desarrollo del Derecho Civil en Cataluña»*. Por otra parte, recordó que, en este momento, se está llevando a cabo el periodo de pruebas de acceso al Registro de Fundaciones, *«que pronto será accesible por todos vosotros»*, y, en cuanto a la demarcación, avanzó la supresión de sesenta y tres notarías tras la puesta en marcha del concurso.

El catedrático Ferran Badosa recibe el VI Premio Puig Salellas

El pasado 3 de diciembre, el Colegio Notarial de Cataluña entregó el VI Premio Puig Salellas, que este año se ha otorgado a Ferran Badosa Coll, Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

En un acto que reunió a más de un centenar de personas y a numerosas autoridades del mundo jurídico, y que fue presidido por el Consejero de Justicia, Germà Gordó, acompañado de Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, Badosa recibió el máximo galardón que otorga la institución anualmente, *«en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria jurídica y, muy en especial, por su excepcional producción científica, que lo ha convertido en uno de los juristas contemporáneos más eminentes, referente indiscutible de nuestro Derecho en las últimas décadas»*.

La exposición de motivos que le han hecho merecedor del premio también hace mención a *«su larga y entregada dedicación al mundo académico, con leal y permanente vinculación a la Universidad de Barcelona, donde ha destacado durante más de cuatro décadas, donde deja un legado inmenso y probablemente irreplicable, que tiene continuidad en la escuela de*



Vida corporativa



Ferran Badosa recibió el premio de manos de Germà Gordó, Consejero de Justicia

brillantes y prestigiosos juristas que se ha ido creando alrededor de su maestría».

En el transcurso del acto, Roberto Follía, Exdecano del Colegio y Expresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, fue el encargado de realizar la glosa del premiado. En su discurso, definió a Badosa como «un intelectual y gran Jurista, dedicado de lleno al estudio del Derecho, la investigación y la docencia, con una gran capacidad de trabajo, brillantez, rigor y un cierto punto de dogmatismo». Glosó la figura del premiado desde sus tres vertientes principales —la investigadora, la docente y las publicaciones— y quiso destacar «su aval intelectual, su robustez jurídica y su verdadero mastrazgo». Badosa, afirmó, «ha sido un auténtico maestro».

Por su parte, Ferran Badosa, en su discurso de agradecimiento del premio —que consideró «un valiosísimo certificado de buena práctica profesional»—, reflexionó acerca

de su relación con la figura del Notario. Así, describió distintos perfiles, como el del Notario investigador, donde destacó la figura de Ramon Maria Roca Sastre y Juan Vallet de Goytisoló; el del Notario legislador, recordando a los cuatro notarios principales artífices de la Compilación del Código Civil catalán; el del Notario profesor, momento en que recordó que los notarios están presentes en todas las universidades, y el del Notario como difusor de la historia jurídica y social catalana. También quiso rememorar sus inicios en el mundo del Derecho recordando que el Dr. Albaladejo, que representó una extraordinaria renovación jurídica, fue su maestro; hizo mención a su relación directa con Josep Maria Puig Salellas, y se autodefinió como «un enemigo constante de la retórica». En cuanto a su trayectoria, destacó que «es fruto de una obra colectiva en la que, más que hablar de discípulos, querría hablar de acompañantes». Finalmente, concluyó su intervención afirmando que «en estos momentos, el Derecho Civil está en su punto más álgido, culminando el nuevo Código Civil catalán», y aseguró que «el Derecho Civil catalán debe desarrollarse por la vía de la autonomía de la voluntad y no ha de controlar, sino fomentar».

En el transcurso del acto, también intervino Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, quien recordó los motivos que han hecho a Badosa merecedor del premio, y destacó que «es miembro destacado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, forma parte de la Comisión Jurídica Asesora y de la Comisión de Codificación, pero, por encima de todo, es un Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona».

Y continuó: «Sus estudios de Derecho Civil catalán son de gran profundidad, rigor y cultura jurídica. Es un maestro de maestros, ha creado escuela y se ha convertido en un auténtico referente de la escuela jurídica catalana y española». Finalmente, Ollé destacó que «la continuidad del impulso de nuestro Derecho ha sido una constante entre los juristas catalanes», ejemplificada actualmente con el proceso de elaboración del nuevo Código Civil de Cataluña, a punto de finalizar.



De izquierda a derecha: Joan Carles Farrés, miembro Junta del Colegio; Roberto Follía, quien glosó la figura del homenajeado; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; Germà Gordó, Consejero de Justicia; Maria Llum Barrera, viuda de Puig Salellas; Ferran Badosa, premio Puig Salellas 2014; Guzmán Clavel, miembro de Junta del Colegio, y Esteban Cuyás, Secretario de Junta del Colegio

otro lado, anunció que «desde la Consejería hemos tramitado la propuesta de revisión de demarcación notarial para adaptarla a la situación económica y social catalana, propuesta que ya ha sido aceptada por el Ministerio de Justicia. Todo ello en beneficio y mejora del servicio público notarial, que siempre ha tenido un excelente nivel». Gordó avanzó que el proyecto de Decreto prevé suprimir sesenta y tres notarías demarcadas en Cataluña con el fin de reducir el sobredimensionamiento de plazas existente a raíz del Real Decreto 173/2007, de 9 de febrero, sobre demarcación notarial. «Creemos —afirmó— que así mejoraremos la eficiencia y la eficacia del servicio al ciudadano, partiendo de los principios de realidad, contención, ac-



cesibilidad y excelencia». Para finalizar, el Consejero tuvo unas palabras de reconocimiento hacia el galardonado, del que destacó su papel como dinamizador de la cultura jurídica catalana contemporánea y de quien recordó que «siempre ha ejercido su maestrazgo desde la accesibilidad».

En las ediciones anteriores, recibieron el Premio Puig Salellas todos los que fueron consejeros de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en reconocimiento a su contribución al proceso de actualización del Derecho Civil catalán —primera edición—; Juan Vallet de Goytisolo —segunda edición—; José Juan Pintó Ruiz —tercera edición—; Encarna Roca —cuarta edición—, y Roberto Follía —quinta edición.

Entrega del I Premio Dialoga

Cuatro estudiantes de Bachillerato de diferentes centros de Cataluña resultaron ganadores en la primera edición del Premio DIALOGA, entregado el pasado 9 de octubre. El premio, que pretende reconocer aquellos trabajos de alumnos de colegios e institutos de Cataluña que mejor recogen el significado de la mediación como medio de resolución de conflictos, es organizado por el Colegio junto con ESADE Law School, y cuenta con la colaboración de los Departamentos de Ensenyament y de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

El Premio galardonó dos trabajos en reconocimiento a la mejor redacción y al mejor audiovisual de estudiantes de 16 y 17 años. Jordi Barbero Solà del Instituto público Marianao de Sant Boi, obtuvo el premio al mejor escrito, mientras Irene Gironella, Meritxell Buyó y Paloma Abril, del colegio La Vall de Bellaterra, obtuvieron el premio al mejor audiovisual. Los trabajos reflejaron el significado que tiene la mediación en el entorno y la convivencia social, la fuerza del diálogo, y el camino de encontrar vías alternativas para solucionar problemas.

El jurado que reconoció a los seleccionados estuvo compuesto por miembros de las dos instituciones organizadoras, así como de los Departamentos que dan apoyo al premio. Por parte del Colegio formó parte del mismo Elena Romeo, notaria de Barcelona.

El acto de entrega de los premios contó con la presencia de Germà Gordó, Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio; Francisco Longo, Director General adjunto de ESADE; Carlo Gallucci, Vicerrector de Relaciones Internacionales de la Universidad Ramon Llull (URL); Jordi Sabaté, Subdirector general de Ordenación Curricular de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato del Departamento de Ensenyament de la Generalitat de Cataluña; Eduardo Berché, Decano de ESADE Facultad de Derecho; y Teresa Duplá, Directora del Grupo de Mediación, Arbitraje, Derecho y Familia, y Directora del Departamento de Derecho Privado de ESADE.

En su parlamento, Francisco Longo destacó la trascendencia de la mediación “para descargar a la Administración de Justicia y liberar el servicio público de Justicia”, vinculando el avance de la mediación con “el desarrollo de capital social, entendido como el conjunto de relaciones basadas en la confianza que hace posible que progresen las transacciones y permite una acción colectiva de calidad y contar con ciudadanos dignos”. Además, destacó la “profunda dimensión educativa de la mediación, a través de la que podemos mejorar el tejido social”. Por su parte, Jor-



De izquierda a derecha: Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña; Francisco Longo, Director General adjunto de ESADE; Germà Gordó, Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña; Carlo Gallucci, Vicerrector de Relaciones Internacionales de la Universidad Ramon Llull (URL); y Jordi Sabaté, Subdirector general de Ordenación Curricular de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato del Departamento de Ensenyament de la Generalitat de Cataluña



Vida corporativa

di Sabaté, Subdirector general de Ordenación Curricular de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, destacó que el Premio *"complementa la labor desarrollada desde los centros educativos y contribuye a hacer posible el desarrollo de competencias sociales y ciudadanas del alumnado"*. Y afirmó que *"la mediación, como gestión del conflicto, supera la mirada metodológica y desarrolla la inteligencia interpersonal e intrapersonal ya que permite definir y delimitar bien los problemas"*. Carlo Gallucci, Vicerrector de Relaciones Internacionales de la URL, quiso destacar que el premio DIALOGA se enmarca en los objetivos generales de esta universidad, entre ellos *"formar a grandes ciudadanos, contar con perfiles open mind y que nuestra gente desarrolle capacidades sociales, ética y responsabilidad civil"*.

Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó que *"en el siglo XXI, en una sociedad garantista de los derechos de los ciudadanos, existe una sobresaturación de los tribunales que hace necesario potenciar alternativas para modernizar y descolapsar la Justicia, entre ellas la mediación"*. De esta quiso destacar *"su voluntariedad, la promulgación de valores cívicos como el diálogo, el pacto, el acuerdo, la cultura de la tolerancia o la flexibilidad, todos ellos valores que se encuentran en el ADN de la mediación"*, a la que consideró *"un factor clave para la formación de buenos profesionales"*. Después de asegurar que *"la cultura de la mediación es la cultura del futuro"* y destacar que Cataluña fue pionera con la primera Ley de Mediación del conjunto del Estado español, finalizó su intervención destacando *"el importante papel de los notarios en la solución alternativa de conflictos que hemos desarrollado históricamente, llevando a cabo la justicia preventiva, que no es otra cosa que superar los conflictos a través del pacto y el acuerdo"*.

En su parlamento, Germà Gordó, consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña, reivindicó la mediación *"para resolver conflictos y evitar la apertura de procesos judiciales"*, y la situó entre las prioridades de las políticas del Departamento de Ensenyament. Puso de relieve que *"con la mediación no hay ni ganadores ni perdedores, sino personas que colaboran para encontrar una mejor solución, y permite ahorrar tiempo y reducir desgaste personal y material"*. Incluso así, lamentó que la mediación aún no obtenga los resultados esperados y ha destacado que *"menos del 1% de los litigios que se plantean en la Unión Europea se resuelven mediante la mediación"*. Finalmente, recordó que *"la mediación se inscribe en una relación horizontal, mientras que la justicia establece relaciones verticales de poder entre la autoridad judicial y los sujetos. Este es el cambio de paradigma que la mediación necesita para consolidarse como método de resolución de conflictos"*, añadiendo que este cambio *"nos hará mejores como personas y como sociedad"*.

En cuanto a la II edición, dirigida al mismo colectivo, los trabajos tendrán que dar respuesta a la pregunta *"¿Qué harías para promover la cultura de la mediación en tu entorno?"*.

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.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones.**

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

