

LaNotaria

Número 1 | 2015

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858



Histórica demarcación: éxito para la profesión y garantía del mejor servicio

Nuevas leyes civiles y de consumo en Cataluña

«Hemos priorizado el servicio público
a los ciudadanos»

Entrevista a Santiago Ballester Muñoz
DIRECTOR GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS

«La nueva demarcación se ha hecho
en plena armonía con la Generalitat»

Entrevista a Francisco Javier Gómez Gállego
DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

TRIBUNA

Felipe Javier Pou Ampuero
José Alberto Marín Sánchez
Joan Manel Abril Campoy
Antoni Isac Aguilar
Albert Domingo Castellà

PRÁCTICA

La reforma del régimen de los arrendamientos urbanos. Incentivos para el arrendador
Del archivo digital al protocolo electrónico
La vivienda arrendada en época de crisis económica

DOCTRINA

El Notario en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos
Crecimiento y desigualdad: la polémica de los desequilibrios del capitalismo en el siglo XXI
Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles
Capacidad para otorgar testamento

EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

La importancia de la introducción del certificado sucesorio europeo y las respuestas a muchas de las cuestiones que el nuevo instrumento comunitario plantea



VERSIÓN PAPEL
con 5% de dto.
PVP: ~~45,19 €~~ (+IVA)
AHORA:
42,93 € (+IVA)



VERSIÓN
DIGITAL
(smarteca)
38,84 €
(+IVA)

- ➔ Ofrece al lector, desde la reflexión teórica y la visión práctica de su autor, un acercamiento a los principales elementos que van a regir el inmediato tratamiento de las sucesiones transfronterizas en la Unión Europea.
- ➔ A partir de la fecha de su aplicación plena, el 17 de agosto de 2015, el Reglamento (UE) n° 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, determina el nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, constituyendo un hito de especial relieve en la construcción de la Europa de los ciudadanos.
- ➔ **Autor:** Isidoro Antonio Calvo Vidal. **SELLO:** LA LEY.

Páginas: 364 / Rústica / ISBN: 978-84-9020-410-8


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


Wolters Kluwer
LA LEY

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

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 Luélmo (*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

Información, sobreinformación y protección del consumidor

Es corriente de opinión cuasi unánime la necesidad de que el consumidor esté bien informado, lo que, como no puede ser de otra manera, nadie discute. Otra cosa será la praxis más o menos acertada, y otra, aún más relevante, el hecho de que no hay, aunque se quiera y de ello se parta, un ciudadano medio europeo informado, sino que se tiene que adecuar la información a cada uno, pues él es el que va a pagar y dista de haber unos conocimientos medios económico-financieros.

Pero, fuera de dicha aseveración sobre la necesidad de información, tan cierta como carente de efectos prácticos por sí sola, en lo que a la posibilidad del pago de la cuota hipotecaria o de la del crédito al consumo u otros contratos o servicios con consumidor se trata, se hace necesario preguntarse si en verdad es la falta de información, de haber faltado (lo que, desde luego, no subsana el manuscrito de «Soy conocedor que mi préstamo hipotecario...», ni igual, o menos, imponer informaciones que prácticamente agotan las letras del abecedario, aunque legalizan la «cláusula suelo», y no distinguen —ni parece que siquiera lo vislumbren— entre el plazo como vinculante, o irrevocable, para el oferente y el plazo como período mínimo de reflexión, y, en consecuencia, irrenunciable, para el consumidor, lo que se contempla en Francia, pero no aquí —al menos, de momento—, pese a que así lo quieran interpretar algunos), lo que ha llevado a la situación de crisis que todavía se vive y a la imposibilidad de pago por miles de deudores y consumidores, pues quizás algo tenga que ver (no tanto como la información) la crisis financiera e inmobiliaria del 2007, la cual, al menos con carácter generalizado, nadie autorizado dijo que se avecinaba, sino que fue justo lo contrario, cuando incluso se podía levantar acta de notoriedad, de haber habido requirente al efecto, y, además, no se hubiese aseverado, casi apodóticamente en 2010, que el recorrido a la baja de los precios de la vivienda era escaso. Tan escaso que «únicamente» han bajado entre un 30 % y un 40 % de media.

La información no puede ser de escaparate, o un lavatorio de manos, y que cada consumidor se las apañe como pueda, pues no cabe desconocer que incluso las interpretaciones de la legislación vigente no han sido las más acertadas. Gracias darán los consumidores de que exista el TJUE, pues incluso las reformas (al efecto, la Ley 1/2013 y la notificación vía BOE, que es donde se publica) no cumplen con los requisitos exigidos. O se pasa de la información a la sobreinformación, que es casi tan perjudicial, por desincentivadora, como su ausencia, cuando, además, tampoco cumple con las exigencias de la futura e imperativa regulación de la FEIN.

Por otra parte, y al amparo de unos pretendidos incólumes principios, que no son sino reglas de interpretación de elaboración doctrinal (de indudable altura científica, sí, pero no verdades absolutas, cuando no sencillamente excesos deductivos), y, desde luego, en ningún caso son principios generales del Derecho, se pretende que el legislador se adapte a ellos, y no, como tiene que ser en pura lógica interpretativa, adaptarlos a la nueva legislación. Así, frente a lo que parecía una clara dicción (al efecto, *IURIS*, Oct. 2008, págs. 34-41) en orden a las novaciones y mantenimiento del rango (aunque haya ampliación del capital o del plazo, incluso sin el consentimiento de titularidades intermedias inscritas) de la reforma operada por art. 4.3 de la Ley 41/2007 y su disp. trans. única, no es hasta la RDGRN de 14 de mayo de 2015 que se admite su clara funcionalidad, aunque, durante todo este plazo, en el que se ha pasado lo peor de la crisis hipotecaria (así, al menos, cabe esperarlo), no se haya aplicado, por esa interpretación *contra legem* y a favor de unas pretendidas categorías o principios inmutables, o que debe el legislador expresamente decir, cuasi con palabras sacralizadas, que se atreve a modificarlos, cuando no son sino meras reglas o elaboraciones doctrinales, pues lo contrario no sirve, pese a que expresa y claramente lo diga la ley. Lo decía y sigue diciendo dicha Ley 41/2007, pero, para el que no ha podido gozar de ampliaciones de plazo o de capital, por temor a la pérdida de rango, a buenas horas se rectifica la interpretación.

Otro tanto cabe decir de las adaptaciones de las directivas, que pueden serlo de máximos, de mínimos o incluso no íntegramente o en todo su contenido, bajo uno u otro criterio, por lo que no siempre con una interpretación maximalista se cumple, sino que directamente se incumple. El consumidor lo que necesita no es que se le sobreinforme, es decir, no hace falta excederse en la virtud de la información, ni abrumarle, sino que quede protegido por ley (por ser protectora del consumidor, tendrá que ser la LGDCU, y no una de ámbito sectorial) ante posibles abusos, y, desde luego, falta una lista negra de cláusulas abusivas en materia financiera, singularmente, préstamos o créditos con o sin hipoteca (pues la jurisprudencia, tanto del TJUE como de nuestro TS, ya es más que clara). Como también falta que se contemple un consentimiento específico respecto de las «cláusulas eventuales», ya que, por su eventual actuación, como sucede con el interés de demora o la mal llamada *cláusula suelo*, puede el consumidor estar con la guardia baja. Al igual que falta una clara distinción, con sus consiguientes distintos efectos, entre la nulidad sancionadora (o codicística) y la nulidad protectora (o consumerista); el hecho de que no es la misma nulidad lo pone en claro la misma (y distinta) legitimación activa para ejercitar una u otra, pues podrán ser ambas partes o únicamente el consumidor.

En suma, no se trata de una legislación de subasta, a ver quién da o exige más información, sino de una legislación ajustada a la legislación protectora de los consumidores, conforme a las directivas y a la ya amplia y consolidada jurisprudencia, y a las más consolidadas interpretaciones doctrinales, incluso de Derecho Comparado.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Información, sobreinformación y protección del consumidor
Ángel Serrano de Nicolás 4



Tribuna

- Demarcación notarial 2015
Felipe Pou Ampuero 7
- La demarcación notarial en Cataluña
José Alberto Marín Sánchez 12
- La Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña: finalidades y ámbito objetivo
Joan Manel Abril Campoy 15
- Novedades en materia de propiedad horizontal en Cataluña, introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo
Antoni Isac Aguilar 19
- Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas y otras modificaciones en el Código de Consumo de Cataluña
Albert Domingo Castellà 26



Entrevista

- «Con la nueva demarcación notarial, hemos priorizado el servicio público a los ciudadanos»
Santiago Ballester Muñoz 40
- «La nueva demarcación se ha hecho en plena armonía con la Generalitat»
Francisco Javier Gómez Gállego 45



Doctrina

- El Notario en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos
Ricardo Cabanas Trejo 52
- Crecimiento y desigualdad: la polémica sobre los desequilibrios del capitalismo en el siglo XXI
Ramón Tamames Gómez 74
- Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma
Rodolfo Fernández Fernández 88
- Capacidad para otorgar testamento (estudio en torno a tres sentencias del TSJC)
Robert Follia Camps 98



Práctica

- La reforma del régimen de los arrendamientos urbanos. Incentivos para el arrendador
Ramon M. Romeu Cònsul 108
- Del archivo digital al protocolo electrónico
Emilio Roselló Carrión 118
- La vivienda arrendada en época de crisis económica
Josep M. Jiménez Villanueva 124



Internacional

- Los documentos públicos y el certificado sucesorio europeo en el Reglamento 650/2012
Pedro Carrión García de Parada 127
- XVI Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en La Habana, Cuba
Jesús Gómez Taboada 140



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 144
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 151



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
Fernando Agustín Bonaga 157
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 177



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 182

Demarcación notarial 2015



Felipe Pou Ampuero
Decano del Colegio Notarial de Navarra

I. ACUERDO INICIAL DEL CONSEJO

El Pleno del Consejo General del Notariado celebrado el día **27 de mayo de 2012** acordó constituir una **Comisión Delegada de Demarcación Notarial** para realizar los estudios preliminares y solicitar a la Dirección General de los Registros y del Notariado la amortización de plazas de notarías para intentar paliar los efectos negativos de la crisis económica en el ejercicio de la fe pública notarial.

En la siguiente sesión plenaria, celebrada el día **23 de junio de 2012**, se acordó encomendar al Presidente la constitución formal de la **Comisión de Demarcación**, que, previa convocatoria a todos los colegios notariales, quedó constituida formalmente en Madrid, el día 18 de julio de 2012, integrada por un representante de cada uno de los diecisiete colegios designado previamente por sus respectivas juntas directivas.

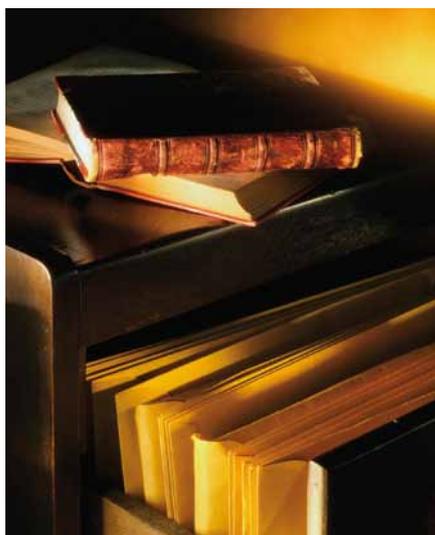
II. PRIMERA REUNIÓN DE LA COMISIÓN

Acto seguido de su constitución, celebró su primera reunión, en la que, tras las oportunas deliberaciones, se acordó por sus componentes realizar los **trabajos preparatorios con base en los siguientes criterios de demarcación:**

- 1) Debería ser una **demarcación negativa**, encaminada a la supresión de las plazas notariales excedentes a consecuencia de la crisis económica, inmobiliaria y financiera que padecía la economía nacional.
- 2) **No solicitar la supresión de ninguna Notaría única en su localidad**, a fin de mantener la presencia del Notariado en los pueblos pequeños y respetar la capilaridad social que siempre ha distinguido a la institución notarial.

- 3) **Solicitar la supresión de un número de plazas notariales equivalente al 10 % del total de las existentes**, la cual se aplicará sobre las notarías existentes en localidades donde haya más de una Notaría. La distribución de las notarías suprimidas se realizará en proporción al número de notarías no únicas existentes en cada uno de los colegios notariales, para cuyo cálculo no se tendrán en consideración las notarías únicas existentes en cada Colegio.

En dichas fechas y conforme a la demarcación de 2007, en España había 1.241 municipios con Notaría demarcada, de los cuales 767 eran municipios con una sola Notaría, mientras que los restantes 474 municipios tenían más de una. Esto significa que, del total de las 3.199 notarías existentes en España, 767 eran únicas y 2.423 eran no únicas en su población. El número inicial de notarías a suprimir



equivalía al porcentaje del 14 % sobre el total de notarías no únicas en su población, es decir, se acordó suprimir un total de 340 plazas de notaría, lo que suponía el 10,63 % del total de las notarías demarcadas.

- 4) **Fomentar la carrera administrativa notarial potenciando y primando las notarías de categoría superior frente a las de categoría inferior.** Es decir, las notarías de primera clase sobre las de segunda clase y, a su vez, las de segunda clase sobre las de tercera clase.
- 5) **Salvo causa justificada, no suprimir ninguna Notaría en las localidades donde solamente existan dos notarías demarcadas,** a fin de asegurar el principio de libre elección de Notario en dichas localidades. Sin embargo, se admitió la no aplicación de este criterio, con carácter excepcional, si existieran razones económicas o sociales que lo justificaran.

Con arreglo a unos criterios iniciales, se adjudicó a cada Colegio su porcentaje de notarías a suprimir y se delegó para que, cumpliendo con los mismos, presentaran la relación de notarías a suprimir

Con arreglo a estos criterios iniciales, se adjudicó a cada Colegio su porcentaje de notarías a suprimir y se delegó en cada uno de ellos para que, con los acuerdos y medios que estimaran oportunos, presentaran una relación de notarías a suprimir

dentro de cada Colegio que cumpliera con los criterios iniciales aprobados.

Los criterios adoptados establecían una aplicación igualitaria en todos los colegios, pero, en función de la configuración más o menos urbana o rural de cada Colegio y de su mayor o menor concentración de notarías no únicas o únicas, la aplicación de los criterios arrojaba unos resultados que no significaban la amortización del 10 % de las notarías demarcadas en cada Colegio, sino del 14 % de las notarías no únicas demarcadas en cada Colegio. Sin embargo, este fue el efecto pretendido desde el primer momento y, a mi entender, uno de los mayores aciertos de la propuesta inicial, puesto que permitía tratar a todos los colegios por igual.

La segunda reunión celebrada por la Comisión de Demarcación tuvo lugar en Madrid, el día **18 de septiembre de 2012**, para presentar las **propuestas de cada uno de los colegios en aplicación de los criterios iniciales aprobados.**

A la vista de las propuestas presentadas, se acordó presentar una **nueva propuesta de supresión de notarías equivalente al 20 % de las notarías no únicas** para solicitar a la Dirección General de los Registros y del Notariado una mayor amortización de plazas notariales.

En dicha reunión se acordó **nombrar una Comisión redactora del Informe de Demarcación** que debería aprobarse para su presentación ante el Consejo General del Notariado. Dicha Comisión redactora quedó integrada por Honorio Romero Herrero, Notario de Zaragoza; Alfonso Madrudejos Fernández, Notario de Madrid; María-Teresa Martín Peña, Notaria de Platja d'Aro, y Felipe Pou Ampuero, Notario de Pamplona, y se convocó su reunión en Zaragoza, el día 10 de octubre de 2012, para preparar la propuesta de Informe de Demarcación teniendo en consideración los estudios económicos del Notariado, las propuestas de amortización realizadas por cada Colegio y los informes presentados por algunos colegios a título particular, todos los cuales se aceptaron y se tuvieron en cuenta.

La propuesta de Informe que elaboró la Comisión redactora tenía como **argumento central la situación de crisis económica generalizada padecida desde el año 2007, y que afectaba de manera especial a los notarios en su actividad relacionada con la crisis inmobiliaria y financiera**, en donde se apreciaban caídas de la actividad en las nota-

rías en torno al 34 % en el periodo 2007-2011, con una disminución de formalización de pólizas en torno al 49 %, de compraventas del 58 % y de préstamos hipotecarios del 66 %.

Se hacía constar que la oficina notarial requiere unas **necesidades de inversión tecnológica y de adecuación profesional** que exigían la sostenibilidad económica de la misma y, en consecuencia, la adecuación de la planta notarial a las necesidades económicas y a los requerimientos técnicos establecidos por la legislación vigente.

Para acelerar el proceso de amortización notarial aprobado, **se solicitaba también la modificación del artículo 76 del Reglamento Notarial —luego no aprobada—**, en el sentido de alterar la regla de amortización de notarías de una misma población estableciendo la amortización de las dos primeras vacantes ocurridas y proveyéndose la tercera, en lugar de la regla existente en la actualidad.

La tercera reunión de la Comisión de Demarcación tuvo lugar en Madrid, el día **16 de octubre de 2012**, con la finalidad de **aprobar la propuesta de Informe presentado por la Comisión redactora.**

Con anterioridad se había propuesto por algún Colegio Notarial la posibilidad de suprimir notarías únicas en su localidad a pesar del criterio aprobado por la Comisión. Realizada la pertinente deliberación sobre esta cuestión, de nuevo se acordó no admitir excepciones a dicho criterio y no aprobar la amortización de ninguna Notaría única en su localidad.

A continuación se aprobó la propuesta de Informe presentada y se acordó elevarla como Informe de la Comisión de Demarcación para su aprobación por el Consejo General del Notariado en el próximo Pleno, a celebrar el día 20 de octubre de 2012, y solicitar del Consejo General del Notariado la delegación en dos miembros de esta Comisión, Alfonso Madrudejos Fernández, Notario de Madrid, y Honorio Romero Herrero, Notario de Zaragoza, junto con las personas que estimase el propio Consejo, para promover con la mayor urgencia los trámites necesarios ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

III. APROBACIÓN DEL INFORME

En el Pleno del Consejo celebrado el día 20 de octubre de 2012 se aprobó el In-



forme de Demarcación presentado por la Comisión, junto con dos listas de posibles notarías a suprimir: **una primera lista integrada por 341 notarías, que representaba el 10 % de las notarías existentes** que cumplían con los criterios de amortización establecidos, y, **además, una segunda lista integrada por 127 notarías más, que suponía una segunda opción de amortización ampliada hasta el 15 % del total de las notarías existentes**, respecto de las cuales se proponía iniciar una negociación con la Dirección General de los Registros y del Notariado para ampliar el número inicial propuesto.

En la misma reunión se **acordó delegar en una Comisión la tramitación y gestiones de la nueva demarcación**, y a tales efectos se nombró como integrantes de la misma al Presidente del Consejo, Manuel López Pardiñas; al Vicepresidente, Joan Carles Ollé Favaró; al Decano de Navarra, Felipe Pou Ampuero; a Alfonso Madrideo Fernández, Notario de Madrid, y a Honorio Romero Herrero, Notario de Zaragoza.

El día 30 de octubre de 2012 tuvo lugar la reunión en la Dirección General de los Registros y del Notariado con el objeto de presentar el Informe de Demarcación aprobado por el Consejo, con asistencia de la Comisión nombrada a tal efecto, junto con el Director General y el Subdirector General.

De la reunión **surgió la posibilidad de ampliar las notarías suprimidas a las que se denominaba «inviabiles»**, es decir, aquellas que por su reducida actividad se consideraba que podrían no ser rentables ni efectivas para soportar todos los requerimientos técnicos exigidos por la legislación.

Como la posibilidad surgía de la misma Dirección General, **se admitió su estudio y se sometió a posterior valoración** por los miembros de la Comisión. Incluso se llegó a elaborar una lista adicional de notarías, aunque **al final del proceso esta opción se desechó**, porque no cumplía con los criterios de demarcación, en especial, suprimía notarías únicas y alejaba las oficinas notariales de las zonas rurales y del servicio público.

Después de la reunión con la Dirección General de los Registros y del Notariado, **la Comisión redactora se reunió en Zaragoza, el día 9 de noviembre de 2012, con el fin de preparar la lista definitiva de las notarías suprimidas, que se presentó en la reunión de la Comisión de Demarcación**

que tuvo lugar en Madrid, el 12 de noviembre siguiente, donde fueron objeto de valoración las notarías inviables y su posible inclusión en las listas de notarías suprimidas.

En la reunión de la Comisión de Demarcación que tuvo lugar en Madrid, el 12 de noviembre de 2012, fueron objeto de valoración las notarías inviables y su posible inclusión en las listas de notarías suprimidas

Los trabajos se concretaban en tres listas, finalmente: **la lista 1, de 342 notarías, que correspondía al porcentaje del 10 % de las notarías; la lista 2, que incluía 126 notarías más y correspondía al porcentaje del 15 %, y la lista 3, de notarías inviables, que incluiría 14 notarías.**

El día 17 de noviembre de 2012, en vísperas de las elecciones notariales celebradas el día 18, el Consejo General del Notariado celebró su última sesión plenaria. En dicha reunión se acordó no adoptar ninguna decisión que pudiera comprometer al próximo Consejo resultante.

El día 20 de noviembre de 2012 se celebró una reunión de la Comisión redactora con el Subdirector General de los Registros y del Notariado en la que se expusieron los acuerdos adoptados y el alcance de cada una de las posibles listas de supresión de notarías, incluyendo la opción de las notarías inviables.

El Subdirector, en dicha reunión, solicitó de todos los colegios la **elaboración de una Memoria justificativa de la demarcación negativa para preparar el correspondiente expediente administrativo.**

IV. NUEVO CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Celebradas las elecciones notariales el día 18 de noviembre de 2012 y proclamados los resultados, se constituyó el **nuevo Consejo General del Notariado** en reunión celebrada el día 1 de diciembre, donde se procedió a la elección de los nuevos cargos y se convocó nueva sesión plenaria para el día 15 de diciembre, en la que **se informó de los criterios y fines propuestos**

con la demarcación notarial, incidiendo en lo siguiente:

- La finalidad de la demarcación era paliar la crisis económica, no organizar la plantilla notarial.
- Debía ejecutarse en el plazo de los próximos cinco años.
- Se precisaba la existencia de plazas vacantes sobre las que se aplicase la demarcación negativa; en caso contrario, la demarcación no sería real.
- Se debía mantener el cuerpo de opositores, no eliminando las vacantes que sirven para el acceso de los nuevos notarios a la carrera notarial.
- Sería suficiente con limitar la demarcación a la supresión de 350 plazas notariales, como máximo.

Tras el correspondiente debate, **se aprobaron** los siguientes criterios de demarcación en los que debía trabajar la Comisión de Demarcación en consonancia con el nuevo Consejo General del Notariado:

1. **Solicitar la amortización de 350 notarías.**
2. **Mantener la convocatoria de oposiciones de acceso a notarías en la proporción mínima de 70 plazas cada dos años.**
3. **Salvo casos de inviabilidad económica, no suprimir las notarías únicas en su localidad.**
4. **Favorecer la carrera administrativa o de clase notarial.**
5. **No eliminar las notarías dobles en una localidad, salvo casos de inviabilidad económica.**

En el mismo Pleno se procedió al **nombramiento de las nuevas comisiones de trabajo del Consejo**, designando como Presidente de la Comisión de Demarcación al Decano de Navarra, Felipe Pou Ampuero.

V. TRANSCURSO DEL AÑO 2013

El día 24 de mayo de 2013 tiene lugar una reunión de la Comisión redactora en la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se solicita que se entregue por parte de la Comisión una lista de las posibles notarías cuya supresión se solicita.

El día 20 de junio de 2013 se entrega formalmente en la Dirección General de los Registros y del Notariado la lista de notarías suprimidas, que se compone de un total de 355 notarías: 337 son las que cumplen los criterios de demarcación establecidos y las 18 restantes son las notarías inviables que se han añadido a petición de la propia Dirección General.

La Dirección General de los Registros y del Notariado entrega a la Comisión redactora un borrador de Real Decreto de Demarcación en el que **ya se han eliminado las notarías inviables por ser notarías únicas y no admitirse su supresión, y queda al fin una lista de 337 notarías a suprimir.**

Con fecha de salida de 21 de noviembre de 2013, la Dirección General de los Registros y del Notariado notifica al Consejo General del Notariado, a los colegios notariales y a todos los notarios un oficio comunicando la aprobación de la revisión de la demarcación notarial aprobada en el año 2007 y los criterios de revisión de la misma, y solicitando su informe en el plazo de tres meses. Dicho plazo concluiría a mediados de marzo de 2014.

Los criterios esenciales comunicados eran los siguientes:

- 1. Facilitación del acceso de los ciudadanos al servicio notarial o capilaridad de los notarios.**
- 2. Derecho a la libre elección de Notario.**
- 3. Sostenimiento de los despachos notariales.**
- 4. Estímulo en la formación permanente de alto nivel jurídico de los notarios y, por ende, en la progresión en la carrera profesional.**

VI. TRANSCURSO DEL AÑO 2014

El día 21 de enero de 2014 tiene lugar una reunión de la Comisión redactora con la Letrada de la Dirección General de los Registros y del Notariado Ana Fernández-Tresguerres con la finalidad de organizar los trámites para poder cumplir con el calendario inicial de la demarcación. Se insta a que tanto los colegios notariales como los notarios informen sobre la notificación de los criterios de demarcación que se ha realizado desde la Dirección General de los Registros y del Notariado. El plazo para informar termina en marzo de 2014, y se desea tener toda la tramitación terminada en

abril de ese mismo año para presentarla ante el Consejo de Estado.

El Pleno del Consejo celebrado **el día 25 de enero de 2014 acuerda por unanimidad de los asistentes la solicitud de la no convocatoria de un nuevo concurso notarial de provisión de vacantes antes de la aprobación de la demarcación proyectada.** Se vuelve a debatir sobre la posible prórroga de la edad de jubilación y no se acuerda nada al respecto.

En el Pleno del día 21 de febrero de 2014 se ratifican por mayoría los criterios aprobados en el del día 15 de diciembre de 2012 y, además, se acuerda solicitar a la Dirección General de los Registros y del Notariado que no se convoque ningún nuevo concurso notarial hasta la aprobación de la demarcación proyectada.

El día 12 de marzo de 2014 se reúne la Comisión redactora para concretar el proyecto de demarcación que se debía entregar a la Dirección General para que, una vez aprobado, fuera informado por el Consejo General del Notariado y los colegios notariales.

El día 21 de marzo de 2014 tiene lugar una nueva reunión en la Dirección General para concretar el procedimiento a seguir en la notificación del proyecto de demarcación de tal manera que se entienda cumplido lo dispuesto en el Reglamento Notarial.

El día siguiente, 22 de marzo, el Pleno del Consejo General del Notariado acuerda solicitar a todos los colegios notariales que, en el plazo de quince días, convoquen juntas generales para informar sobre el proyecto de demarcación que se ha aprobado finalmente por la Dirección General en los términos previstos en el artículo 72 del Reglamento Notarial.

A tales efectos, se notifica a los colegios notariales la propuesta de las plazas a amortizar, el Anexo comprensivo de la demarcación resultante y los criterios para la amortización de plazas.

En las semanas siguientes, los colegios notariales emitieron sus informes correspondientes, que se integraron en el Informe conjunto del Consejo General del Notariado. En dicho Informe se exponía la total conformidad del Consejo con los criterios de la demarcación teniendo en cuenta «la actual situación de abrupta caída del número de actos y negocios jurídicos autorizados o intervenidos

desde agosto de 2007, a lo que se adiciona la inexistencia de actualización alguna del régimen arancelario desde 1989 y, por el contrario, la sucesiva modificación siempre a la baja de tales aranceles, como se ha producido en el ámbito hipotecario a través de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y en el ámbito mercantil con el art. 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, lo que se ha plasmado en el ulterior Real Decreto 1612/2011, de 14 de noviembre.

Ambas circunstancias han provocado una situación de difícil sostenimiento en numerosos despachos notariales, lo que, por su relación con la necesidad de prestar un adecuado servicio público, exige de una urgente actuación normativa no solo en el ámbito de la demarcación, sino, en su caso, en el arancelario.

Añadir que, desde luego, es criterio de este Consejo que tal demarcación ha de servir igualmente para recuperar una carrera administrativa en el sentido usual de esta expresión, esto es, que los notarios de ingreso han de concursar, en principio, a las de menor clase, para que cuando el Notario, a través de su experiencia práctica, consiga un adecuado conocimiento práctico de la función pública notarial, pueda concursar y obtener otras de mayor clase.

Y qué duda cabe que si, como toda planta de funcionarios, el servicio que prestan estos tiene relación directa con los ciudadanos, en cualquier demarcación que se apruebe, como consecuencia de la revisión total o parcial de la precedente, este ha de ser el criterio fundamental, facilitando y potenciando que tales ciudadanos no solo puedan exigir una adecuada prestación de servicio público notarial, sino elegir libremente al Notario que entiendan oportuno».

En cualquier demarcación, el criterio de «servicio al ciudadano» ha de ser prioritario no solo para que los ciudadanos puedan exigir la adecuada prestación del mismo como servicio público notarial, sino también la elección libre del Notario que consideren oportuno

Realizados los informes y presentados todos ante la Dirección General, el Gabinete de Presidencia del Consejo General del Notariado preparó una **propuesta de Memoria de análisis del impacto normativo** que se proporcionó a la Dirección General, junto con toda la documentación pertinen-



te, en el mes de abril de 2014, momento en el cual se entendió que las actuaciones de la Comisión redactora estaban finalizadas y se trasladaban los trámites al ámbito administrativo y político ministerial.

El 29 de septiembre de 2014 tiene lugar el **relevo ministerial** y Rafael Catalá Polo es designado nuevo Ministro de Justicia sustituyendo a Alberto Ruiz-Gallardón. A consecuencia del cambio producido, se renueva el organigrama ministerial y el Consejo de Ministros celebrado el día 31 de octubre de 2014 nombra a Francisco Javier Gómez Gállego nuevo Director General de los Registros y del Notariado, en sustitución de Joaquín Rodríguez Hernández.

VII. TRANSCURSO DEL AÑO 2015

El 15 de enero de 2015 se constituye en la Dirección General de los Registros y del Notariado una **nueva Comisión de Demarcación** integrada por los anteriores miembros de la Comisión redactora, a los que se añaden el Notario de Barcelona José Vicente Torres Montero y, por parte de la Dirección General, la nueva Subdirectora General, Esperanza Castellanos Ruiz; el Subdirector Adjunto, Vicente González Camacho, y la Letrada Ana Fernández-Tresguerres.

El cometido de esta nueva Comisión es **preparar el texto final de proyecto de demarcación que, respetando las competencias autonómicas reconocidas en sus respectivos Estatutos a Andalucía y a Cataluña, se presente al Consejo de Estado para culminar todo el proceso de tramitación de la demarcación notarial.**

El 26 de enero de 2015 tiene lugar la última reunión de la Comisión, con asistencia de la Subsecretaria de Justicia, Áurea Roldán Martín, y del Director General de los Registros y del Notariado.

El Consejo de Estado emitió dictamen favorable en sesión de fecha 26 de febrero de 2015 (expediente 146/2015) autorizando la aprobación del Proyecto de Real Decreto sobre Demarcación Notarial.

El Consejo de Ministros celebrado el día 6 de marzo de 2015 aprobó el Real Decreto 140/2015, de demarcación notarial, que se publicó en el *BOE* de 9 de marzo de 2015 y que entró en vigor al día siguiente, es decir, el 10 de marzo. La corrección de errores se publicó en el *BOE* de 28 de marzo de 2015.

El Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña publicó el Decreto 33/2015, de 10 de marzo (*DOGC* de 12 de marzo de 2015), que entró en vigor el día 13 del mismo mes.

La demarcación notarial ha supuesto la supresión de 339 notarías y la creación de una sola. Se han suprimido 195 notarías de primera clase, 105 de segunda y 39 de tercera

El *BOE* y el *DOGC* publicaron el 13 de abril de 2015 la supresión de las notarías amortizadas conforme al Real Decreto 140/2015 y

al Decreto 33/2015. Respectivamente, son la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 2015 y la Resolución JUS/655/2015, de 8 de abril, del Consejero de Justicia. Corrección de errores: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2015 (*BOE* de 17 de abril de 2015).

En resumen, la demarcación notarial ha supuesto la supresión de 339 notarías y la creación de una sola. Se han suprimido 195 notarías de primera clase, 105 de segunda y 39 de tercera.

La nueva planta notarial surgida de la demarcación de 2015 está distribuida entre los colegios notariales conforme al cuadro siguiente:

	CATEGORÍA Y CLASE DE NOTARÍAS				
	COLEGIO	TOTAL	1. ^a	2. ^a	3. ^a
1	Andalucía	490	174	141	175
2	Aragón	97	40	2	55
3	Asturias	69	30	12	27
4	Cantabria	39	13	8	18
5	Castilla-La Mancha	130	32	19	79
6	Castilla y León	179	69	15	95
7	Cataluña	491	222	128	141
8	Extremadura	75	17	9	49
9	Galicia	170	60	29	81
10	La Rioja	22	9	2	11
11	Las Islas Baleares	73	22	24	27
12	Las Islas Canarias	98	40	46	12
13	Madrid	331	269	38	24
14	Murcia	81	31	26	24
15	Navarra	41	16	3	22
16	País Vasco	130	64	28	38
17	Valencia	339	107	130	102
	TOTAL	2.855	1.215	660	980
		100 %	43 %	23 %	34 %

La demarcación notarial ha quedado concluida felizmente. Ha sido un camino que se inició en mayo de 2012 y ha terminado en marzo de 2015. **La planta notarial ha quedado adecuada a las necesidades sociales actuales y ha sido un ejemplo de colaboración eficaz y de trabajo en equipo que ha conseguido el objetivo propuesto.**

Desde estas líneas, querría agradecer el trabajo y la dedicación de todos los que desde las distintas comisiones y encargos recibidos han realizado un trabajo personal sin el cual no hubiera sido posible realizar la demarcación.

La demarcación notarial en Cataluña



José Alberto Marín Sánchez
Vicedecano del Colegio Notarial de Cataluña

La reciente demarcación notarial ha supuesto un hito en la historia del Notariado español. Por primera vez desde la promulgación de la Ley del Notariado, **ha consistido exclusivamente en la supresión de notarías para adecuar las necesidades de servicio a la realidad económica del país.** Algo que, dado el momento actual, parecía imposible ha tenido lugar. La medida, absolutamente justa, sin embargo, tenía la dificultad de no ser «popular»; estábamos acostumbrados a que el Poder Ejecutivo tuviese miedo a tomar determinadas decisiones por la reacción que pudieran suscitar, no tanto por su necesidad, sino porque pudiera parecer que se favorecía a unos profesionales privilegiados.

La realidad era tozuda: el número de plazas demarcadas era excesivo, provenía de una demarcación demencial efectuada

en el inicio de la crisis y basada en datos de cresta de la ola del *boom* económico e inmobiliario anterior a 2007. Y otra realidad era —y es— evidente: los despachos profesionales estaban —y están todavía— sufriendo enormes problemas para poder cubrir el coste del servicio notarial. Ante este panorama, eran dos las medidas necesarias, y así lo entendió e impulsó la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña desde que tomó posesión en 2008: revisión arancelaria y demarcación.

La revisión del arancel notarial está todavía pendiente. La demarcación es ya una realidad.

Ha sido largo el proceso seguido hasta llegar a su publicación en los diarios oficiales. Han sido muchas las personas que han trabajado intensamente durante este

largo periodo. Pero también **ha sido fruto de la visión y valentía de unos políticos que han sabido sobreponer el interés general a la tentación de no abordar un tema del que podrían haber salido trasquilados.**

En Cataluña, la cuestión tenía, además, otros aditamentos que la hacían especialmente complicada. Las dudas que ofrecía la normativa constitucional y estatutaria sobre esta materia en cuanto a quién y cómo debía acometer la demarcación, sumado al momento por el que pasaban las relaciones entre el Gobierno central y el autonómico, hacían pensar que era un objetivo casi imposible.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 147, atribuye a la Generalitat de Cataluña, entre otras competencias, «el



establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios».

Dicha competencia tiene el carácter de «ejecutiva» y fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 31/2010 rechazó la impugnación afirmando lo siguiente: «Por último, el art. 147.1 c) EAC reconoce la competencia ejecutiva de la Generalitat sobre “el establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios”. Es esta asimismo una potestad autonómica de carácter ejecutivo que plasmará en el territorio de Cataluña los criterios de demarcación que fije la legislación del Estado (art. 149.1.8 y 18 CE), la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente la ejecución que sean necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios».

La demarcación es ya una realidad y ha sido fruto de la visión y valentía de quienes han sabido sobreponer el interés general a la tentación de no abordar un tema complicado

De esta argumentación destacamos lo subrayado. Los criterios de demarcación solo los puede fijar «la legislación del Estado», con el grado de exhaustividad que resulte procedente.

Este era el gran problema: no había criterios de demarcación en la legislación del Estado diferentes de la escasa regulación del Reglamento Notarial y la Generalitat de Cataluña quería ejercer su competencia. **El reto del Colegio Notarial de Cataluña era conseguir que la demarcación se llevara a término y que, por supuesto, se hiciera coordinadamente entre ambas administraciones, como se viene haciendo con los concursos de provisión de plazas vacantes.** El Notariado es un cuerpo estatal único y, si bien las competencias pueden estar compartidas en determinadas materias, lo cierto es que solo su ejercicio coordinado con identidad de criterios permitirá mantener el nivel de eficiencia y de servicio público que presta este colectivo de funcionarios/profesionales.

No se desvela ningún secreto si se dice que durante la etapa de Ruiz-Gallardón al frente del Ministerio de Justicia los encuentros y desencuentros existieron, siendo más frecuentes los segundos que los primeros. Ello no obstante, hay que destacar que fue en esa fase cuando se fijaron los criterios que finalmente han prevalecido y han servido para ejecutar la demarcación. El inicio del expediente de demarcación mediante una resolución en la que se fijaron los mismos y su remisión a todos los notarios de España, incluyendo los de Cataluña, supuso, por un lado, un primer desencuentro (dirigirse a los notarios de la comunidad que tenía competencias) y un encuentro (los propios criterios racionales y fáciles de compartir).

La Consejería de Justicia de Cataluña, con su Consejero, Germà Gordó, y su Director General, Santiago Ballester, tuvo claro desde el primer momento que había que **llevar adelante la demarcación, por ser de justicia y beneficiosa para el servicio público.** El gran número de vacantes en este territorio era debido, en gran parte, al exceso de plazas demarcadas, pero la lectura que podían hacer determinados sectores de la sociedad catalana podía ser otra. **La estabilidad de los notarios en sus plazas redundaba en la mejora de la atención al ciudadano, y la realidad evidenciaba que en muchas poblaciones había una excesiva movilidad.** Tampoco parecía sensato que sin prácticamente antigüedad en la carrera se pudiera acceder a cualquier capital catalana, incluso a la misma Barcelona: **era imprescindible recuperar la piramidalidad en la carrera notarial. Y el servicio público exigía que no se suprimiera ninguna Notaría que fuera la única de una población.**

Admitidos por ambas partes estos principios y otros de menor consideración, se tramitaron los respectivos expedientes administrativos recabando los correspondientes informes.

La Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña recabó la opinión de las juntas de los distritos, cuyos informes fueron emitidos con enorme rigurosidad y atención al servicio notarial. La Junta General también fue convocada para dar la correspondiente información a los colegiados, tal y como establece el Reglamento Notarial.

Paralelamente, una Comisión creada en el seno del Consejo General del Nota-

riado trabajaba intensamente para procurar —y conseguir— que la distribución de las plazas suprimidas fuera equitativa en todos los colegios y estuviera regida por los mismos criterios. El trabajo de esta Comisión fue tan riguroso que tanto el Ministerio de Justicia como la Consejería de Justicia de Cataluña lo asumieron hasta el punto de trasladarlo en su momento a sus respectivos decretos.

Pero, con el trabajo hecho, la demarcación quedó bloqueada a consecuencia de los continuados desencuentros entre el Consejo General del Notariado y el anterior equipo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y también por las discrepancias políticas que existían entre las dos administraciones que debían demarcar. Tampoco eran ajenos al tema las relaciones del Ministerio de Justicia con la corporación registral y los problemas que la demarcación registral generaba, unido al deseo de publicar la demarcación notarial y la registral simultáneamente.

El cese de Ruiz-Gallardón trajo al Ministerio a un nuevo equipo encabezado por Rafael Catalá y con un nuevo Director General, Javier Gómez Gállico. Los nuevos dirigentes se comprometieron ante Generalitat y Notariado a ejecutar la demarcación: un cruce de cartas entre Ministro y Consejero así lo señalaba. Sin embargo, la aprobación de los decretos se demoraba y Cataluña, ante el retraso del Ministerio, consideraba que tenía base legal suficiente para actuar por sí sola y demarcar en esta Comunidad. De hecho, así se lo hizo saber al Ministerio de Justicia y al Colegio Notarial de Cataluña. La posición del Colegio de Cataluña fue firme: era peor una demarcación unilateral que la paralización de la misma, instando a ambas partes a coordinarse.

Las diferencias finales entre ambas partes se solventaron y **se encontró una fórmula para la ejecución formal: la publicación, en primer lugar, del Decreto del Estado, que demarca en toda España excepto en Cataluña, pero en el que se establecen los criterios de demarcación, y la posterior publicación de la demarcación de Cataluña siguiendo esos criterios.** La lista de notarías amortizadas en ambos casos coincidió con la propuesta de la Comisión del Consejo General del Notariado. Así se hizo y, además, se ejecutó con determinación y radicalidad: todas las notarías que se determinaban en el Decreto y que



estaban vacantes en ese momento se suprimían inmediatamente.

Todos debemos felicitarnos por este éxito, que tiene muchas vertientes. Una de ellas, quizá la más importante, es que de nuevo se ha conseguido que las administraciones estatal y autonómica actúen coordinadamente, sentando las bases para futuras demarcaciones

De esta forma, **pocas semanas después de la publicación de las demarcaciones, la mayor parte de las notarías amortizadas ya no existen.** En Cataluña,

el número que falta por hacerse efectivo es marginal. Miles de tomos de protocolo han pasado a los respectivos archivos de distrito. Todo es más racional.

Creo que todos debemos felicitarnos por este éxito, que tiene muchas vertientes.

Una de ellas, quizá la más importante, es que **de nuevo se ha conseguido que ambas administraciones actúen coordinadamente, sentando las bases para futuras demarcaciones.**

Otra sería que **ha imperado el criterio de mejora del servicio público a la hora de fijar las notarías a suprimir.** La rigurosidad con que se han estudiado las distintas plazas susceptibles de supresión ha sido ejemplar.

Tampoco hay que olvidar **la muestra de responsabilidad de gobierno que han dado ambas administraciones.** La de Cataluña, desde el primer momento, tomó la decisión de proceder a revisar la demarcación, y así lo ha hecho; su voluntad de ejercer la competencia que le atribuía el Estatuto no le ha hecho caer en ninguna tentación «política», sino que en todo momento han preponderado la vocación de servicio y su consideración a la función notarial. El Ministerio de Justicia, por su parte, al menos en la última etapa, ya con el nuevo equipo ministerial, ha dado muestras de su interés por el Notariado y por cumplir sus compromisos con nuestra profesión.

Finalmente, creo que para valorar el éxito que ha supuesto la demarcación hay que tener presente que hace escasas semanas la Consejería de Justicia ha aprobado unilateralmente la demarcación registral en Cataluña, cuya impugnación ya ha anunciado el Director General de los Registros y del Notariado. Desconocemos lo allí acontecido por haber estado totalmente al margen de ese proceso de demarcación, pero lo cierto es que de ello se extrae la clara conclusión de que lo único eficiente es la coordinación entre ambas administraciones.

En fin, este **es el breve resumen y valoración de un trabajo que se inició hace prácticamente seis años y que ha sido fruto, entre otras cosas, del trabajo intenso y continuado en una misma dirección.** Quedan muchas cosas pendientes, pero tal vez esta sirva como modelo de cómo se deben hacer. El trabajo bien hecho tiene su recompensa: en Cataluña se ha amortizado un 33 % más de plazas que las que se crearon en 2007, y se han amortizado porque se ha demostrado con ese trabajo que tenían que amortizarse.

La Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña: finalidades y ámbito objetivo



Joan Manel Abril Campoy

Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Presidente de la Sección de Armonización de la Comisión de Codificación de Cataluña

I. ARMONIZACIÓN Y FINALIDADES DE LA LEY 6/2015, DE 13 DE MAYO

El Observatorio de Derecho Privado de Cataluña fue creado por el Decreto 13/2000, de 10 de enero, y se concebía como un instrumento especializado de la acción política del Gobierno en materia de Derecho Privado. **La primera Ley del Código Civil de Cataluña** (Ley 29/2002, de 30 de diciembre) **establece como una de las ideas fuerza que se ha llevado a cabo que el Código Civil de Cataluña debe participar de una estructura y un contenido propios de un código abierto.** Así, se dota de una estructura que posibilite la incorporación de las nuevas regulaciones y la modificación de las leyes especiales se hace muy perjudicial para la claridad, la sistemática y la coherencia interna del Derecho Civil. En conse-

cuencia, ya desde la primera Ley del Código Civil de Cataluña existe una **clara voluntad legislativa para afrontar y solucionar con eficiencia los problemas de armonización que la adaptación de las normas a la realidad jurídica pueda producir.**

En este orden de ideas, el artículo 6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, determina la elaboración del Código Civil de Cataluña en forma de código abierto, mediante la aprobación de diferentes leyes, y señala que, **si procede, en cada ley, una disposición final debe autorizar al Gobierno a efectuar la refundición de las modificaciones por decreto legislativo, y añade que esta autorización debe incluir la facultad de regularizar la ordenación numérica de los artículos y aclarar y armonizar los textos legales que deben refundirse.**

El Decreto 395/2011, de 27 de septiembre, de la Comisión de Codificación de Cataluña y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, persigue la regulación de la composición, la organización y el funcionamiento de la Comisión de Codificación y del Observatorio de Derecho Privado. En este sentido, el artículo 12.1 prevé las seis secciones diferentes de la Comisión y prevé (letra f) la **Sección de Armonización.** Esta sección, al igual de las otras, tiene encargada la **misión de efectuar propuestas de trabajos preparatorios de elaboración, modificación y despliegue de disposiciones normativas en las materias de Derecho Privado que tienen asignadas.**

La Sección de Armonización, como su nombre indica, debe llevar a cabo la tarea de conseguir la armonía, que, en palabras del Institut d'Estudis Catalans, significa:



«Justa adaptación, entre ellas, de las partes o cosas que forman un todo». Desde esta óptica, el relevante desarrollo normativo que se ha producido en el Derecho catalán desde la publicación de la primera Ley del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre), que marcó la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del mismo, ha justificado en gran medida la actuación de esta **Sección para indicar, reseñar y formular propuestas que hagan posible la erradicación de aquellas disfunciones que se presentan entre los distintos libros del Código Civil de Cataluña** o, incluso, dentro de los mismos. En efecto, desde la primera Ley del Código Civil de Cataluña hasta la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el libro segundo, se han aprobado cinco de los seis libros que integran el Código Civil de Cataluña, de modo que se hace normal que se hayan producido errores o disfunciones —algunas terminológicas y otras de fondo— que conviene corregir en honor de la obtención de un conjunto normativo que participe del grado de excelencia deseado y de la coherencia interna del mismo (en el sentido del texto, el mismo Preámbulo de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, expone que: «Por eso, la finalidad de esta ley es encauzar la tarea de armonización del conjunto del Código Civil de Cataluña para salvar estos errores u omisiones y evitar la producción de efectos indeseados a causa de la ambigüedad o la incompletitud de la redacción de algunos preceptos»).

El legislador catalán ha preferido no utilizar la posibilidad de las autorizaciones a las disposiciones finales de las distintas



leyes del Código Civil de Cataluña para regularizar, aclarar y armonizar, sino que **ha optado por la publicación de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña.**

La Sección de Armonización tiene encargada la misión de efectuar propuestas de trabajos preparatorios de elaboración, modificación y despliegue de disposiciones normativas en las materias de Derecho Privado que tienen asignadas

La opción de una ley de armonización debe entenderse como adecuada desde la óptica de la política legislativa. Así, no solo por las finalidades antes expuestas, que permiten dotar de más coherencia al Código Civil de Cataluña, a la vez que se eliminan errores, ambigüedades o disfunciones que restan precisión y rigor a las soluciones legislativas adoptadas, sino porque también se consigue la adaptación de los libros primero, segundo, cuarto y quinto del Código Civil de Cataluña.

La ausencia del libro tercero dentro del ámbito objetivo de la Ley de Armonización resulta consciente y querida, y se explica porque fue objeto de una iniciativa legislativa relativa al mismo. Por otro lado, hay que ser conscientes de que **la promulgación de una Ley de Armonización no se puede entender como una tarea ya finalizada, sino como una tarea evolutiva** que requiere el seguimiento de la aplicación de las normas a la realidad jurídica teniendo muy presente la identificación de disfunciones por parte de la doctrina o de los Tribunales. Además, desde otra óptica, propia del desarrollo progresivo del Derecho Privado catalán, **tampoco se puede considerar que esta sea la última Ley de Armonización, toda vez que cuando se promulgue el libro sexto deberá retomarse esta tarea en el conjunto del Código Civil.**

El Preámbulo de la norma diferencia la armonización según la incidencia de la misma. Así, se indica que hay **un primer grupo de normas que mejoran la seguridad jurídica**, al recuperar una norma sobre vigencia de las normas que había desaparecido del ordenamiento jurídico catalán o la

modificación de la disposición transitoria 4.^a del libro cuarto, relativa a la cancelación de los asientos en el Registro de la Propiedad de los fideicomisos condicionales. **Un segundo grupo de normas se dirige a despejar las dudas sobre el alcance o la eficacia de determinados preceptos**, como es el caso de la interrupción de la prescripción, la omisión sobre el depósito de las cuentas anuales de la tutela, la extinción de los censos por falta de actividad del censalista, la modificación de las normas relativas al usufructo sobre fincas hipotecadas, la duración del derecho de superficie, la caducidad de los pactos antenuptiales y la remisión de las parejas estables a las normas matrimoniales. **Un tercer grupo de normas busca la eliminación de determinadas disfunciones.** Así, se cita la limitación de la regla de la conmorencia al supuesto en el que dos personas llamadas a sucederse mueren a consecuencia de la misma causa o circunstancia, la supresión del plazo de caducidad del derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia o del plazo de duración del derecho de adquisición voluntaria. A la vez, se incluye una disposición que establece la ineficacia de las disposiciones efectuadas a favor de los parientes del cónyuge o conviviente en supuestos de crisis matrimonial.

En el Preámbulo se indica que hay un último grupo de cambios orientados a la simplificación de algunos preceptos, de forma que se potencie el buen funcionamiento del tráfico jurídico

Finalmente, en el Preámbulo se indica que hay **un último grupo de cambios orientados a la simplificación de algunos preceptos, de forma que se potencie el buen funcionamiento del tráfico jurídico.** Es el caso de la modificación, a los efectos de la computación legitimaria, del criterio de la valoración de los bienes donados que han sido enajenados o perdidos por el donatario, la limitación del ámbito objetivo del destino de los bienes que la Generalitat recibe a título de heredero, dado el contexto de crisis económica, y la reducción de la cuota del laudemio, excepto previsión contractual.



II. LA TAREA ARMONIZADORA EN LOS DIFERENTES LIBROS DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Una forma diferente de enfocar el ámbito objetivo de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, es el estudio de las distintas normas, sean de nueva génesis u objeto de modificación, en función de la incidencia en los diferentes libros del Código Civil de Cataluña. No obstante, hay que tener en cuenta que la Ley 6/2015, de 13 de mayo, cuenta con una disposición final que establece su entrada en vigor al cabo de veinte días de su publicación, pero que prevé también dos extremos que, sin perjuicio de ser comentados posteriormente, deben reseñarse y que contienen precisiones de derecho intertemporal:

1. La modificación del artículo 461.12.1 se hace aplicable al derecho vigente del llamado a aceptar o repudiar la herencia en el momento de la entrada en vigor de esta ley.
2. El artículo 565-11.1.c se aplica a todos los censos, sea cual sea la fecha de su constitución.

Libro primero

En cuanto al libro primero del Código Civil de Cataluña, contiene, en primer término, una norma que determina la vigencia de las leyes con dos apartados (artículo 111-10): **un primer apartado que establece que la entrada en vigor de las leyes se produce cuando han transcurrido veinte días desde el día en que han sido publicadas en el DOGC, excepto previsión legal contraria, y un segundo que regula la pérdida de vigencia de las leyes y otras normas cuando son derogadas para otras posteriores de igual rango o superior cuando lo declaren expresamente.** De este modo, como se menciona en el Preámbulo, se consigue recuperar una norma, dirigida a la regulación de la vigencia de las leyes, que había sido prevista en la Ley 3/1982, de 23 de marzo, pero que fue preterida cuando se aprobó la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno.

En segundo término, **se produce una modificación de los artículos 121-11, 121-12 y 121-14, respecto a la interrupción de la prescripción, y de los artículos 121-18 y 121-19, en relación con la suspensión de la misma.** Con relación a la interrupción

de la prescripción, se modifica el apartado b) del artículo 121-11 para adecuarlo a la vigente regulación del procedimiento arbitral, y se mejora la redacción del artículo 121-12, relativo a los requisitos que debe cumplir la interrupción para ser eficaz. En este último sentido, se diferencia según el acto que interrumpe la pretensión: consiste en el ejercicio de la pretensión o en el reconocimiento del sujeto pasivo. Además, en relación con los efectos de la interrupción, la modificación del artículo 121-14 engloba tres aspectos diferentes: uno, se mejora la redacción del apartado b); dos, se adecuan los efectos de la interrupción para el supuesto de arbitraje con su nueva regulación procesal, y, tres, se incluye la determinación de los efectos del reconocimiento del derecho y de la renuncia a la prescripción desde el momento en que sean eficaces.

En cuanto a la suspensión de la prescripción, los artículos 121-18 (alegación de la suspensión) y 121-19 (efectos de la suspensión) han sido refundidos en el artículo 121-19, que ahora lleva por título, con el mismo contenido, «Alegación y efectos de la suspensión». Se introduce ahora como contenido del artículo 121-18, en tres apartados, la regulación de la suspensión de la prescripción con motivo de la mediación.

Libro segundo

La primera norma que se introduce en el libro segundo es el artículo 211-2. En esta, **después de establecerse la presunción de conmorienencia en el apartado primero, en el segundo se extiende esta presunción si existe unidad de causa o de circunstancia que motiva las defunciones y no han transcurrido más de setenta y dos horas entre las mismas.** En el Preámbulo se justifica la corrección en el hecho de que ahora la presunción de conmorienencia, si han transcurrido menos de setenta y dos horas entre las defunciones, solo opera cuando las muertes encuentran el origen en la misma causa o circunstancia, y, en este sentido, se corrige la norma que alteraba las reglas de la capacidad sucesoria. En mi opinión, la norma contenida en la Ley de armonización mejora la anterior, pero sigue sin justificarse la introducción de esta presunción de conmorienencia (denominada *muerte consecutiva derivada de un mismo acontecimiento*) en el lapso temporal de setenta y dos horas.

En segundo lugar, **con referencia a la tutela y a los patrimonios protegidos,**

se incluye en el artículo 222-31 un quinto apartado, relativo al depósito de las cuentas de la tutela, en el cual **se indica que el Juzgado competente es el de la constitución de la tutela.** En cuanto a los **patrimonios protegidos**, el artículo 227-3 ve modificado su apartado cuarto, en el sentido de corregir la inadecuada remisión que se realizaba al artículo 227-4.5, cuando es el 227-4.6.

En tercer lugar, se incorpora la **previsión sobre caducidad de los pactos antenuptiales si no se celebra el matrimonio en el plazo de un año** en el apartado primero del artículo 231-20 mediante la remisión al artículo 231-19.2.

Y, en último lugar, **respecto a la extinción de la pareja estable y de los acuerdos alcanzados después del cese de la convivencia**, se corrige el apartado tercero del artículo 234-6, en vista de la incorrección de la remisión, y se añade un apartado cuarto, según el cual, en ausencia de previsión por los convivientes, será la autoridad judicial la que determinará las medidas derivadas de la extinción, por remisión al artículo 233-4.

Libro cuarto

En **materia de sucesiones por causa de muerte**, se prevé, en primer lugar, que la ineficacia sobrevenida de las disposiciones *mortis causa* a favor del cónyuge o conviviente se extienda también a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad, mediante el añadido de un apartado cuarto en el artículo 422-13. En consonancia con esta previsión normativa, se armoniza la ineficacia de los pactos sucesorios, y en el apartado segundo del artículo 431-17 se añade la remisión también al apartado cuarto del artículo 422-13.

En segundo lugar, en **materia de computación legitimaria**, se lleva a cabo una modificación del artículo 451-5 y se recupera la norma anterior, según la cual, si el donatario ha enajenado los bienes dados o si estos se han perdido por su culpa, la valoración no será en el momento de la muerte del causante, sino en el momento de la enajenación o destrucción.

En tercer lugar, a pesar de que en el Preámbulo se cita una modificación del artículo 442-13, referente al **destino de los**

bienes cuando la Generalitat de Cataluña se convierte en heredera, finalmente este precepto no ha sido objeto de modificación por parte del Parlamento («El segundo cambio consiste en modificar el artículo 442-13, por cuanto el cambio del contexto económico lleva a adaptar y limitar la aplicabilidad y el ámbito objetivo de esta norma especial»).

En consonancia con la imprescriptibilidad del reconocimiento del título de heredero y de la acción de petición de herencia, se modifica el art. 461-12 para poner de relieve que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia no está sometido a plazo

En cuarto lugar, y en consonancia con la imprescriptibilidad del reconocimiento del título de heredero y de la acción de petición de herencia, se modifica el artículo 461-12 para poner de relieve que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia no está sometido a plazo. Asimismo, en la disposición final, apartado segundo, de la presente Ley, se efectúa una precisión en materia de derecho intertemporal y se afirma que «la modificación del apartado 1 del artículo 461-12 es aplicable al derecho vigente del llamado a aceptar o repudiar la herencia en el momento de la entrada en vigor de esta ley».

En quinto lugar, el artículo anterior 461-22, respecto al concurso de herencia, establecía el deber del heredero que disfruta del beneficio de inventario de solicitar la declaración de concurso de la herencia, si concurren los presupuestos. Ahora, de forma más genérica, con la nueva redacción del artículo, se efectúa una remisión a las normas concursales: «Las disposiciones sobre responsabilidad del heredero por las deudas derivadas de la aceptación de la herencia, se aplican sin perjuicio de lo que establece la legislación concursal».

En último lugar, se modifica una norma de derecho intertemporal, la disposición transitoria 4.^a, apartado tercero, del libro cuarto, que facilita la cancelación de los asientos sobre fideicomisos condicionales, sin previo expediente de liberación de cargas, con la supresión en el apartado b) del certificado del Registro Civil y la inclusión de un apartado c), «a solicitud del propietario de la finca, si han transcurrido más de noventa años desde la transmisión de la finca por el fiduciario, siempre que no conste en el Registro de la Propiedad ninguna inscripción o anotación tendente a hacer efectivo el derecho de los fideicomisarios», toda vez que, en este último caso, con el plazo de noventa años, previsiblemente el fiduciario habrá muerto y se podrá determinar si se ha cumplido o no la condición.

Libro quinto

La tarea armonizadora ha afectado también a los derechos reales en cosa ajena. Respecto a los derechos reales de disfrute, se han modificado los artículos 561-1 y 561-13, relativos al derecho de usufructo. En el primero, se corrige el apartado segundo para eliminar sendas remisiones al Código de Familia y al libro cuarto y sustituirlas por una remisión al Código Civil de Cataluña. En el segundo, se confiere más rigor y claridad a la norma, cuando se sustituye la redacción anterior («Los usufructuarios de fincas hipotecadas no deben pagar la deuda garantizada con hipoteca») por la vigente («Los usufructuarios de fincas que estaban hipotecadas al constituirse el usufructo no deben pagar la deuda garantizada con la hipoteca»). El derecho de superficie también ha sido objeto de una precisión en el artículo 564-3, en el sentido de declarar que es el derecho de superficie el que no puede superar una duración de noventa y nueve años. Y, finalmente, el derecho de censo también ha sido objeto de regulación, con la finalidad de conseguir facilitar la extinción de los censos por falta de actividad del censalista. En este orden de ideas, se modifica el artículo 565-11.1, y se dota de una mejor sistemática y redacción a las causas de extinción y se incluye como tal «la falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años». En

consonancia con esta posibilidad de extinguir el censo por falta de actividad del censalista, hay una norma de derecho intertemporal, incluida en la disposición final, apartado tercero, que establece: «3. El artículo 565-11.1.c se aplica a todos los censos, sea cual sea la fecha de su constitución». Asimismo, y con relación al derecho real de censo, se rebaja la cuota del laudemio, mediante la modificación del artículo 565-17, al 1 % en toda Cataluña, en ausencia de pacto.

En lo relativo a los derechos de adquisición preferente y los derechos reales de garantía, las modificaciones son las siguientes. En cuanto a los derechos reales de adquisición preferente, se señala en el Preámbulo que se modifica el artículo 568-6, letra a), que establecía un plazo de duración del derecho de adquisición voluntaria de cuatro años y el de ejercicio, de un mes, en ausencia de determinación en el título constitutivo, y ahora se indica que el plazo de duración es de cuatro años y el de ejercicio, si procede, pues resultaba contradictorio con el plazo de dos meses y de tres para los derechos de tanteo y retracto, respectivamente. También se aprovecha para incluir la rúbrica «Preferencia» en el artículo 568-26, que se había omitido en la publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. El artículo 568-27, que determina la preferencia entre derechos de adquisición legales, es objeto de modificación en su apartado cuarto para corregir la remisión incorrecta que se realizaba al artículo 568-21, cuando debe ser al artículo 568-26, a la vez que se elimina la remisión a las normas sectoriales específicas de los derechos de retracto a favor de la Generalitat, el Estado o las corporaciones locales, dado su cariz innecesario.

Por último, en relación con el derecho real de hipoteca, en cuanto a la hipoteca en garantía de la obligación de urbanizar prevista en el artículo 569-42, es objeto de modificación en su apartado segundo, de modo que se corrige la mención a los promotores de planes urbanísticos de iniciativa «popular» por «particular», y se eliminan del precepto las exigencias relativas a la determinación del valor por el cual debe constituirse la hipoteca de máximo.

Novedades en materia de propiedad horizontal en Cataluña, introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo



Antoni Isac Aguilar

*Presidente de la Sección de Derechos Reales de la Comisión de Codificación
Registrador de la Propiedad*

El 29 de enero de 2009, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento de Cataluña aprobó una resolución por la cual instaba al Gobierno de la Generalitat a empezar a encauzar los trabajos para una **reforma de la propiedad horizontal** tal y como estaba regulada en el Libro V del Código Civil desde el año 2006, pero no se atendió. El 29 de abril de 2011 vuelve a haber una segunda resolución en este mismo sentido, en la cual se insta al Gobierno de la Generalitat para que, de forma urgente, empiece la revisión citada y, en aquel momento, la entonces Consejera de Justicia, Fernández Bozal, activa la Constitución de una Comisión y unos grupos de trabajo, hace unos nombramientos basados en la necesidad de dar cumplimiento a la resolución de 2011 y, a continuación, los nombramientos y las designaciones son refrendados por el Decreto de la Presidencia de la Generalitat en el que

se reorganiza, a instancias del Consejero de Justicia, la Comisión de Codificación, a la cual se incorpora el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña como órgano consultivo.

Debíamos hacer una reforma que vehiculase todas las demandas y sugerencias que habían hecho, a lo largo de su vigencia, los operadores jurídicos que la han aplicado y los Tribunales de Justicia

I. DOS GRANDES CUESTIONES DOCTRINALES

La primera es **si debía hacerse una nueva ley**, de acuerdo con el mandato de

la resolución del Parlamento, **o si, por el contrario, debíamos limitarnos a hacer una reforma que vehiculase todas las demandas y sugerencias que habían hecho, a lo largo de su vigencia, los operadores jurídicos que la han aplicado y los Tribunales de Justicia.**

Está claro que **optamos por esta segunda solución**, por ser la más acorde con el contenido de la resolución del Parlamento de Cataluña; además, era una vía suficiente para dar entrada a la mayoría de las sugerencias y recomendaciones derivadas de los agentes antes citados.

La segunda cuestión era **si la comunidad de propietarios debía gozar de personalidad jurídica**. Esta es una cuestión que había sido sugerida en muchas ocasiones por los agentes jurídicos y económicos



relacionados con las propiedades horizontales en su vida diaria.

La Sección de Derechos Reales estudia en profundidad esta cuestión y, al ver todos los antecedentes, **concluye que no se debe dotar de personalidad jurídica a la comunidad de propietarios** por distintas razones:

- No armoniza con el régimen jurídico de otros tipos de comunidades de bienes reguladas en el Código Civil de Cataluña.
- Es poco adecuado introducir una novedad de este calibre a través de una reforma y no de una nueva ley.
- La Sección considera que son mucho más numerosos los inconvenientes que las dudosas ventajas que esto aporta.

En este último punto, se valoran interrogantes como qué tipo de personalidad jurídica debería tener, qué obligaciones administrativas y fiscales conllevaría para todas las comunidades existentes y qué mejoras reales se producirían.

En el sistema actual, las comunidades de propietarios ya gozan de unos medios de actuación ante los organismos de tutela y protección de los derechos, así como ante los operadores financieros, que les proporcionan suficiente agilidad y facilidad para poder desarrollar con plenitud sus funciones.

Por todo ello, se concluyó negativamente sobre esta posibilidad, y los hechos han evidenciado la bondad de este criterio, pues, en el debate parlamentario, ningún grupo presentó enmienda en relación con esta cuestión.

II. GRANDES CUESTIONES PRÁCTICAS QUE JUSTIFICAN LA REFORMA

1. *¿Es o no aplicable el procedimiento monitorio especial del art. 21 LPH a las propiedades horizontales catalanas?*

La posición jurisprudencial no es armónica.

El auto de la Sección 11 de la AP de Barcelona de 12 de diciembre de 2007 dice:

Hay que recordar la vocación autosuficiente del CCC y que la LPH en ningún caso puede ser supletoria, si se oponen sus principios a los codificados por el Derecho catalán. Y ello es así por cuanto, al no regular dicho privilegio de forma específica y tan abierta como lo hizo en su día la LPH, debemos entender que el CCC se acoge al sistema general de la LEC (art. 812.2 2.º y concordantes, que exige solamente certificación acreditativa del impago de cantidad debida emitida por la CP).

Al contrario, el acuerdo de la Junta de Magistrados de la AP de Tarragona de 30 de abril de 2009, así como la STAP de Barcelona (Sección 14) de 29 de noviembre de 2010, la de la Sección 16 de 22 de junio de 2012 y la de la Sección 11 de 18 de abril de 2013, mantienen un criterio contrario y entienden aplicable el procedimiento regulado en el art. 21 LPH.

2. *¿Cuál es el plazo en que se deben impugnar los acuerdos contrarios a la ley?*

La situación es la misma: hay sentencias que entienden que no hay plazo; una Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16) de 26 de septiembre de 2008 marcó un plazo de dos meses, y las sentencias de la AP de Lérida de 5 de marzo de 2009 y de 4 de noviembre de 2009, la de la AP de Gerona (Sección 1) de 7 de octubre de 2010, la de la AP de Barcelona (Sección 4) de 6 de marzo de 2012 y las del TSJC de 6 y 7 de septiembre de 2012, fijan un plazo de un año.

3. *¿Hay cuestiones en el seno de la comunidad que quedan al margen de la Junta de Propietarios? Y, subsidiariamente, ¿se debe diferenciar entre acuerdos colectivos y actos de*

estricto dominio en el seno de estos colectivos?

Las resoluciones de la DGRN de 27 de diciembre de 2010, de 19 de abril de 2007, de 5 de julio de 2005 y de 31 de marzo de 2005 mantienen el criterio siguiente:

En materia de PH, se debe diferenciar entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados en junta), que no se imputan a cada propietario, sino a la Junta como órgano comunitario, y aquellos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, que debería constar mediante documento público para su acceso al Registro, sin que baste, por lo tanto, con la unanimidad presunta, siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales (desafectaciones, rectificación de errores en determinación de naturaleza de bienes, venta de elementos procomunales, etc.).

4. *¿Tienen carácter de preferente los créditos de las comunidades en régimen de propiedad horizontal catalán? ¿Con qué extensión?*

5. *¿Cuál es el régimen aplicable a las situaciones de hecho, es decir, a las no constituidas formalmente?*

III. OTRAS CUESTIONES PRÁCTICAS QUE JUSTIFICAN LA REFORMA

— ¿Ha sido realmente útil el hecho de incluir la posibilidad de que se traten en la junta cuestiones no previstas en el orden del día?

— ¿Conviene mantener el sistema de primera y segunda convocatoria con quórums distintos por su constitución y con un régimen diferente de mayorías para la adopción de acuerdos?

— ¿Qué diferencias hay entre los elementos comunes de uso restringido del art. 553-38 y los elementos comunes de uso del art. 553-42?

— ¿Cuál es la justificación para que se mantengan dos preceptos en relación con las limitaciones de uso basados en princi-



pios diferentes, como son los establecidos en los arts. 553-40 y 553-47?

— ¿Cómo debe computarse el voto de los que se abstienen en las juntas de propietarios?

— ¿Como participan en las juntas los elementos privativos de beneficio común?

— ¿Se pueden admitir las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas?

Se puede constituir un régimen de propiedad horizontal en los casos de coexistencia en suelo, vuelo o subsuelo de edificaciones o usos privados y dominio público, de puertos deportivos en relación con los puntos de amarre, de mercados en relación con los puestos, de cementerios en relación con las sepulturas y en otros parecidos

IV. PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 5/2015

1. Sección Primera. Subsección Primera (arts. 553-1 a 553-6)

Art. 553-1. Reconocimiento de que la propiedad horizontal es un régimen especial de propiedad que existe aunque haya un único propietario.

2. a) *La existencia, presente o futura, de uno o más titulares de la propiedad de al menos un inmueble integrado por elementos privativos y elementos comunes.*

Art. 553-2. Ampliación de los supuestos a los que se puede aplicar el régimen de propiedad horizontal.

Se puede constituir un régimen de propiedad horizontal en los casos de coexistencia en suelo, vuelo o subsuelo de edificaciones o usos privados y dominio público, de puertos deportivos en relación con los puntos de amarre, de mercados en relación con los puestos, de cementerios en relación con las sepulturas y en otros parecidos. Estas situaciones se rigen por los preceptos de este capítulo, adaptados a la naturaleza específica de cada caso, y

por la normativa administrativa que les es aplicable.

Art. 553-3. Distinción entre la cuota de participación y la de contribución en los gastos, y aclaración de que solo se necesita unanimidad para la modificación de la primera, mientras que la segunda queda sujeta a la mayoría calificada de cuatro quintas partes de los propietarios y cuotas.

2. Las cuotas de participación correspondientes a los elementos privativos se expresan en porcentaje sobre el total del inmueble y se fijan proporcionalmente a la superficie y ponderando el uso, el destino y el resto de datos físicos y jurídicos de los bienes que integre la comunidad.

3. Las cuotas de participación se determinan y modifican por acuerdo unánime de los propietarios o, si este no es posible, por medio de la autoridad judicial o de un procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos.

4. Se pueden establecer, además de la cuota de participación, cuotas especiales para gastos determinados.

Art. 553-4. Reconocimiento expreso del carácter privilegiado de los créditos comunitarios.

Ampliación del privilegio a la deuda correspondiente al año en curso y a las cuatro anualidades naturales anteriores.

Extensión del privilegio tanto a los gastos comunes ordinarios y extraordinarios como a las aportaciones establecidas para el fondo de reserva.

Devengo automático de intereses desde la reclamación de los gastos.

3. Los créditos de la comunidad contra los propietarios por los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y por el fondo de reserva correspondientes a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados del 1 de enero al 31 de diciembre, tienen preferencia de cobro sobre el elemento privativo con la prelación que determine la ley.

4. Los créditos devengan intereses desde el momento en que debe efectuarse

el pago correspondiente y este no se hace efectivo.

Art. 553-5. Ampliación de la afección real de las entidades privativas en caso de transmisión a las deudas comunitarias que correspondan a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, sin perjuicio de la responsabilidad de quien transmite.

La afección se extiende tanto a los gastos comunes ordinarios y extraordinarios como a las aportaciones establecidas para el fondo de reserva.

No se pueden otorgar escrituras públicas de transmisión (sea por título oneroso o gratuito) sin la aportación del certificado de gastos vencidos y no satisfechos, así como las aprobadas y pendientes de vencimiento. El certificado debe comprender los gastos ordinarios, los extraordinarios y las cuotas de aportación al fondo de reserva.

1. Los elementos privativos están afectados con carácter real y responden del pago de los importes que deben los titulares, y también los anteriores titulares, con motivo de los gastos comunes, ordinarios o extraordinarios, y del fondo de reserva que correspondan a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados desde el 1 de enero al 31 de diciembre, sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad de quien transmite.

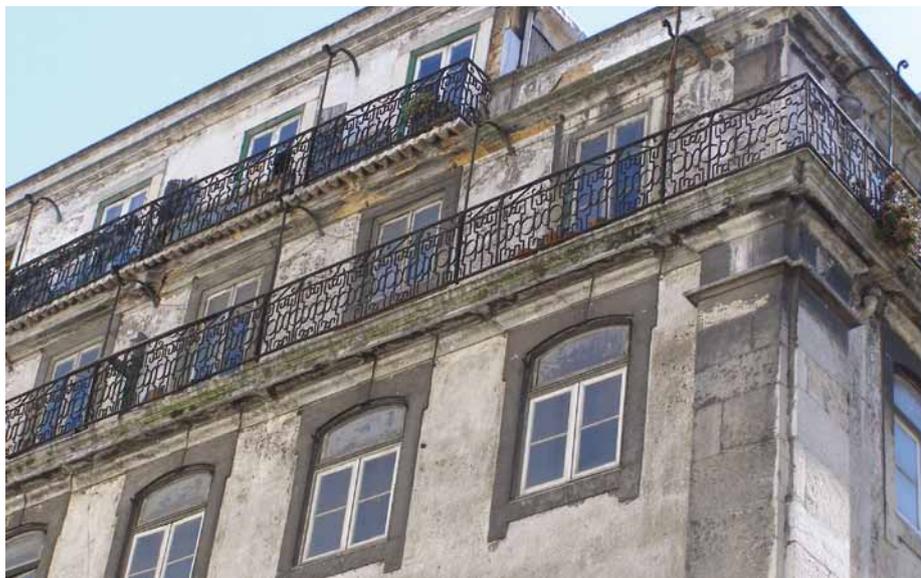
Art. 553-6. Fondo de reserva.

Se configura el fondo de reserva con carácter acumulativo.

Las aportaciones al fondo quedan afectas a la comunidad y no son reembolsables en el momento en que un propietario transmite su elemento privativo.

El fondo de reserva debe figurar en una contabilidad separada y debe ser depositado en una cuenta bancaria especial a nombre de la comunidad.

Las aportaciones al fondo de reserva entran dentro del privilegio concedido para la Ley e, igualmente, están amparadas por la afección real de la entidad privativa.



2. La titularidad del fondo de reserva es de todos los propietarios y el fondo queda afecto a la comunidad, sin que ningún propietario tenga derecho reclamar su devolución en el momento de la enajenación del elemento privativo.

3. El fondo de reserva debe figurar en contabilidad separada y debe ser depositado en una cuenta bancaria especial a nombre de la comunidad. Los administradores solo pueden disponer de él con la autorización de la Presidencia, para atender los gastos de la comunidad imprevistos de carácter urgente o, con la autorización de la Junta de Propietarios, para hacer frente a obras extraordinarias de conservación, reparación, rehabilitación, instalación de nuevos servicios comunes y seguridad, y también para las que sean exigibles de acuerdo con las normativas especiales.

Se elimina la posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda adoptar cualquier acuerdo que no esté incluido entre los puntos del orden del día de la reunión

2. Sección Primera. Subsección Segunda (arts. 553-7 a 553-14)

Las novedades en esta subsección son fundamentalmente de detalle. Las

modificaciones más importantes son las siguientes:

- Se mejora la regulación de la legitimación prevista en el art. 553-8 y se suprime la presunción de ratificación que se incluía en el n.º 3 del precepto citado.
- Se mejora la redacción del art. 553-9 y se incluye en el n.º 5 del precepto citado la prohibición de estipulaciones que impliquen reserva de facultades de modificación unilateral del título a favor del constituyente o que le permitan decidir asuntos que son competencia de la Junta (que antes aparecía en el art. 553-10).
- Se mejora la redacción del art. 553-10 para aclarar que las modificaciones del título no requieren unanimidad, como se deduce del art. 553-25, y se incorpora que no requiere acuerdo la ejecución de actuaciones ordenadas por la Administración Pública de conformidad con la legislación vigente en materia urbanística, de habitabilidad, accesibilidad, rehabilitación, regeneración o renovación urbana.
- Se mejora la redacción de la extinción de la propiedad horizontal: se modifica el redactado del art. 553-14 y se establece un sistema de consentimiento tácito de los titulares de derechos reales sobre el inmueble o los elementos privativos si, transcurrido un mes desde que se les solicite el consentimiento, no manifiestan su oposición.

3. Sección Primera. Subsección Tercera (arts. 553-15 a 553-32)

Las novedades en esta subsección son muchas y fundamentales:

- Se establece que, mientras el número de propietarios sea inferior a tres, la propiedad horizontal se regula por las reglas de la comunidad indivisa (art. 553-15.9 en relación con el art. 552-7).
- Se aclara la contradicción en el plazo de custodia de la documentación de la comunidad que existía entre los arts. 553-17 y 553-28, que se unifica en cinco años, excepto el libro de actos, que es de treinta años, en general, y de cinco años desde la extinción del régimen.
- Se amplían los supuestos en que los propietarios pueden instar la celebración de juntas extraordinarias (art. 553-20.2).
- Se sustituye el sistema de primera y de segunda convocatoria por una única convocatoria sin quórum mínimo para su constitución.
- Se introducen las nuevas tecnologías en las notificaciones de convocatorias y requerimientos (art. 553-21.2).
- Se introduce la posibilidad de que los propietarios puedan exigir la inclusión de temas a tratar entre los puntos del orden del día de las convocatorias (art.553-4.a).
- Se regula la asistencia por videoconferencia o por otros medios telemáticos de comunicación sincrónica (art. 553-22.1).
- Se diferencia entre la asistencia y la delegación, y se aclara el sentido del voto de los propietarios que, presentes en la junta, se abstienen de pronunciarse en un sentido u otro (art. 553-24.3).
- Se sistematiza el régimen de adopción de acuerdos en torno a dos preceptos (arts. 553-25 y 553-26), uno dedicado a los acuerdos de formación única y el otro, a los de formación sucesiva.
- Se elimina la posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda adoptar cualquier acuerdo que no esté incluido entre los puntos del orden del día de la reunión.



- Se utiliza el criterio de la mayoría de propietarios y cuotas que participe en cada votación como criterio general para la adopción de acuerdos.
- Se limitan considerablemente los casos en que se requiere el consentimiento expreso de los propietarios afectados a aquellos en que se modifiquen las cuotas de participación, se prive del uso y goce de un elemento común o se extinga la propiedad horizontal (art. 553-25.4).

4. Régimen general de acuerdos

1. La regla general establece que basta con la mayoría simple de los propietarios que participen en cada votación, siempre que esta represente la mayoría de las cuotas de participación de los partícipes (art. 553-25.2), para:

- La ejecución de obras y el establecimiento de servicios que tengan por finalidad suprimir barreras arquitectónicas.
- La instalación de ascensores.
- La aprobación de innovaciones exigibles para la habitabilidad, la accesibilidad o la seguridad del inmueble, según su naturaleza y características.
- La instalación de infraestructuras comunes o equipos con finalidad de mejora de la eficiencia energética o hídrica de los inmuebles y de la movilidad de los usuarios.
- La instalación de infraestructuras para facilitar la conexión de telecomunicaciones de banda ancha o para individualizar los contadores de consumo de agua, gas o electricidad.
- La instalación general de puntos de recarga para vehículos eléctricos.
- Las normas de régimen interior.
- La decisión de someter una cuestión o un conflicto comunitario a intermediación.
- Todos los acuerdos que no tengan fijada una mayoría diferente para su aprobación.

2. Acuerdos de formación sucesiva.

2.1. Se someten a la doble mayoría de las cuatro quintas partes de los propieta-

rios que representen las cuatro quintas partes de las cuotas de participación (= 80 % de propietarios y cuotas) (art. 553-26.2):

- Modificar el título constitutivo o los estatutos, excepto disposición legal en contra.
- Aprobar innovaciones físicas del edificio que afecten a su estructura o configuración exterior, excepto que sean exigibles para la habitabilidad, la accesibilidad o la seguridad del edificio.
- La construcción de piscinas e instalaciones recreativas.
- Desafectar un elemento común.
- Constituir, enajenar, gravar o dividir un elemento privativo de beneficio común.
- Aprobar cuotas especiales de gastos o el incremento por uso desproporcionado de elementos comunes del art. 553-45.4.
- La extinción voluntaria de la propiedad horizontal tumbada.
- La cesión onerosa de uso y el arrendamiento de elementos comunes que tienen un uso común para un plazo superior a quince años.

2.2. Se someten a la unanimidad de los propietarios (art. 553-26.1):

- La modificación de las cuotas de participación.
- La desvinculación de anexos.
- La vinculación o la atribución del uso exclusivo de elementos comunes a favor de uno o varios elementos privativos.
- La cesión gratuita del uso de elementos comunes que tienen un uso común.
- La constitución de derechos de sobre-elevación, de subedificación o de edificación encima o debajo del inmueble.
- La extinción de la propiedad horizontal simple o compleja.
- La sumisión a arbitraje de cuestiones relativas al régimen, excepto cuando haya una disposición estatutaria en otro sentido.

- Los acuerdos relativos a la modificación de cuotas, la extinción de la propiedad horizontal simple o compleja y los que impliquen la privación del uso y disfrute de un elemento común para algún propietario requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados (art. 553-25.4).

5. Sección Primera. Subsección Tercera (arts. 553-15 a 553-32)

- Se reconoce el derecho de los propietarios y titulares de derechos posesorios sobre elementos privativos a exigir la supresión de barreras arquitectónicas cuando ellos mismos o las personas que conviven o trabajan con ellos sufran alguna discapacidad o sean mayores de setenta años y las obras solicitadas sean razonables o proporcionadas.
- Se mantiene el presupuesto de la manifestación de la oposición del acuerdo adoptado como requisito previo para la impugnación de los acuerdos adoptados por simple mayoría (art. 553-25.6).
- Se regula la elaboración de un anexo al acta de la junta que recoja el resultado final de las votaciones en los acuerdos de formación sucesiva; el momento de la notificación de los acuerdos citados es el que marca el *dies a quo* para proceder a la impugnación de los acuerdos (art. 553-27.5).
- Se vincula la ejecutividad de los acuerdos al mismo momento de su adopción y no al momento de su notificación, como establece el actual art. 553-29. Sin embargo, se regula que la comunidad pueda prever otra cosa en los estatutos.
- Se mejora la redacción del art. 553-30 en materia de vinculación de acuerdos:
 1. Los disidentes no están obligados a contribuir en el coste de las nuevas instalaciones o mejoras siempre que:
 - a) No sean exigibles de acuerdo con la ley.
 - b) El valor total del gasto de instalación sea superior a la cuarta parte del presupuesto anual de la comunidad.



- Estos propietarios posteriormente pueden beneficiarse de la mejora siempre que satisfagan la parte que les habría correspondido en los gastos de ejecución y mantenimiento, con la actualización que corresponda.

Todos los propietarios deben contribuir a los gastos de supresión de barreras arquitectónicas, instalación de ascensor y las que sean necesarias para garantizar la accesibilidad y habitabilidad del edificio que acuerde la Junta

- Todos los propietarios deben contribuir a los gastos de supresión de barreras arquitectónicas, instalación de ascensor y las que sean necesarias para garantizar la accesibilidad y habitabilidad del edificio que acuerde la Junta. Si las acuerda la autoridad judicial en función de la ponderación de los intereses, es la autoridad judicial la que determinará el importe que debe ir a cargo de la comunidad (art. 553-30.3).
- Se establece la responsabilidad personal de los propietarios que se opongan injustificadamente a las actuaciones y obras necesarias y exigidas por la autoridad competente por las sanciones que se impongan en vía administrativa.
- En materia de impugnación de acuerdos (art. 553-31), se mantienen dos categorías de causas de impugnación (art. 553-31.1):

- Por ser contrarios a la ley, al título constitutivo o a los estatutos o por implicar abuso de derecho.
- Por ser contrarios a los intereses de la comunidad o por ser gravemente perjudiciales para alguno de los propietarios.

- El plazo para la impugnación es de un año desde la notificación del acuerdo, para los de la primera categoría, y de tres meses, para el resto de los supuestos (art. 553-31.4).
- Legitimados: los propietarios que hayan votado en contra del acuerdo, los ausentes que se hayan opuesto en el plazo de un mes y los que han sido privados ilegítimamente del derecho de voto (art. 553-31.2).
- Presupuestos para la impugnación: para poder impugnar un acuerdo comunitario, siempre se debe estar al corriente de pago de las deudas con la comunidad que estén vencidas en el momento de adoptarse el acuerdo o haber consignado su importe (art. 553-31.3).
- Los acuerdos son ejecutivos desde su adopción, sin perjuicio de que el art. 553-32 establece que el Juez podrá acordar provisionalmente la ejecución, si así lo solicita la parte interesada y se cumplen los requisitos para la adopción de la medida (art. 721 y ss. LEC).

6. Sección Segunda. Propiedad horizontal simple (arts. 553-33 a 553-47)

Se introducen diversas modificaciones y mejoras, que se pueden resumir del siguiente modo:

- En el art. 553-33 se suprime la mención a elementos comunes de uso restringido, con lo cual, para ser elemento privativo, solo se exige independencia funcional y tener un acceso directo o indirecto a la vía pública.
- Respeto de los elementos privativos de beneficio común:
 - Se establece la presunción de que, siempre que se desafecta un bien común, se constituye un elemento privativo de beneficio común, excepto que se establezca otra cosa al aprobar la desafección (art. 553-34).
 - Se establece que pertenecen a todos los propietarios en proporción de su cuota de participación y se encuentran de forma inseparable en los elementos privativos, por lo que no hay la disposición separada de la cuota de propietario sin la transmisión del elemento privativo en cuestión (vinculación *ob rem*).
 - La administración y la disposición del bien se rigen por las normas de la propiedad horizontal.
 - En relación con los anexos, se suprime la restricción de cesión de uso separada que se regula en el actual art. 553-35.2.
 - Respecto al uso y disfrute de los elementos privativos, se favorece la instalación de puntos de recarga de vehículos eléctricos, por lo cual únicamente es necesario (art. 553-36):
 - Enviar a la Presidencia o a la administración el proyecto técnico con treinta días de antelación al inicio de las obras.
 - Enviar la certificación técnica correspondiente una vez terminada la obra.
 - La comunidad puede proponer una alternativa razonable durante los treinta días de plazo. Si la alternativa citada no se lleva a cabo en el plazo de dos meses, el propietario está legitimado a llevar a cabo la instalación en los términos del proyecto comunicado.
 - Si algún propietario altera los elementos comunes sin el consen-





timiento de la Junta, esta puede ordenar su reposición al estado anterior. Se entiende que la comunidad ha dado su consentimiento si (art. 553-36.4):

- a) La obra es notoria.
 - b) No disminuye la solidez del edificio.
 - c) No implica la ocupación de elementos comunes.
 - d) No conlleva la constitución de nuevas servidumbres.
 - e) La comunidad no se ha opuesto en el plazo de caducidad de cuatro años a contar desde la finalización de las obras.
8. En materia de disposición de los elementos privativos, se traslada la obligación de notificar la transmisión del adquirente al transmitente, de modo que, mientras no lo haga, continuará respondiendo solidariamente de las deudas ante la comunidad (art. 553-37.3).
9. Se simplifican las obligaciones de conservación y mantenimiento (art. 553-38), de modo que se suprime la referencia a los elementos comunes de uso restringido que tanta confusión han generado en su comparación con los elementos privativos de uso exclusivo del art. 553-42.
10. Se regula la posibilidad de constituir servidumbres permanentes sobre los anexos si son indispensables para la ejecución de los acuerdos de supresión de barreras arquitectónicas o de mejora adoptados por la Junta o para el acceso a elementos comunes que no tengan otro (art. 553-39).
11. Los propietarios pueden exigir la constitución de servidumbres que sean imprescindibles para hacer obras de conservación o de acceso a las redes generales de suministro de servicios.
12. Los titulares de las servidumbres deben compensar al propietario del predio sirviente por los daños y por el menoscabo que represente la servidumbre.

13. En materia de actividades prohibidas (art. 553-40), se suprime la duplicidad que existía entre los arts. 553-40 y 553-47, y se concentra el régimen en un único precepto, aplicable tanto a las actividades a desarrollar en elementos privativos como a las que deben llevarse a cabo en elementos comunes.

14. En relación con el uso y disfrute de los elementos comunes, se limita el art. 553-42 a recoger exclusivamente el n.º 1 actual del artículo citado.

En materia de responsabilidad, la principal novedad es que, para embargar los elementos privativos de beneficio común, no es necesario demandar personalmente a todos y cada uno de los propietarios del edificio, como sucedía actualmente

15. Se regulan los elementos comunes de uso exclusivo en el art. 553-43. Los gastos de conservación y mantenimiento de los mismos se asignan a los titulares del uso exclusivo, mientras que las reparaciones que se deban a vicios de construcción o estructurales, así como las que beneficien a todo el edificio, serán a cargo de la comunidad, excepto cuando se deban a un mal uso o una mala conservación.

16. En el art. 553-44 se incluye la obligación de conservar y mantener los elementos comunes a cargo de la comunidad, y se recoge lo que es básicamente el actual art. 553-38.3.

17. En cuanto a la obligación de contribuir a los gastos comunes, se mantiene en el art. 553-45, incluida la posibilidad de que la contribución se haga de acuerdo con lo dispuesto en el título, en los estatutos o lo acordado por la Junta.

18. Todos los propietarios están obligados a contribuir, aunque no usen el elemento, excepto cuando haya una disposición en los estatutos que establezca lo contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 553-30.2. La cláusula estatutaria solo puede referirse a servicios específicos.

19. Se mantiene la posibilidad de que la Junta pueda acordar incrementar la participación que le corresponde en los gastos a un elemento privativo en el cual se desarrollen actividades empresariales o profesionales, en el caso de que se haga un uso especialmente intensivo de los elementos comunes, con el límite del doble del que correspondería por cuota.

20. En materia de responsabilidad (art. 553-46), la principal novedad es que, para embargar los elementos privativos de beneficio común, no es necesario demandar personalmente a todos y cada uno de los propietarios del edificio, como sucedía actualmente.

21. La sección se cierra con un nuevo art. 553-47, la finalidad del cual es confirmar que tanto las cantidades adeudadas por gastos ordinarios como las derivadas de gastos extraordinarios, así como las cuotas de participación en el fondo de reserva, podrán ser exigidas por la comunidad a través de las reglas del procedimiento monitorio especial de la propiedad horizontal previsto por la ley (art. 21 LPH y disp. final 1.ª LEC).

22. El procedimiento que debe seguirse es el de aportar un certificado de impago emitido por el Secretario con el visto bueno del Presidente. El contenido del certificado debe ser el siguiente:

- a) La existencia e identificación de la deuda.
- b) Su importe.
- c) La manifestación del certificador de que la deuda es exigible y se corresponde exactamente con las cuentas aprobadas por la Junta de Propietarios.

23. Además del certificado, se debe aportar el requerimiento de pago previo realizado al deudor de forma infructuosa.

Un último comentario:

Esta sistematización de las principales novedades y reformas de la Ley de la Propiedad Horizontal vigente hoy en día en Cataluña sigue y se ajusta al esquema elaborado en el seno de la Sección de Derechos Reales por el Dr. Francisco Echeverría, Abogado y miembro destacado de la Sección, a quien quiero agradecer la autorización para utilizarlo.

Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas y otras modificaciones en el Código de Consumo de Cataluña



Albert Domingo Castellà
Notario de Vilassar de Mar

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de *relaciones de consumo*, hablamos de **Derecho de Consumo** o Derecho del Consumidor, porque, en definitiva, hoy nuestra sociedad se basa en el consumo y, por tanto, todos somos consumidores (incluso usted, que me está leyendo en estos momentos).

En Europa tenemos algo más de 500 millones de consumidores, de los cuales se encuentran en España unos 47 millones y en Cataluña, unos 7 millones y medio. Toda esta gente produce cada día millones de relaciones de consumo mediante la compra de bienes y servicios.

El **Derecho de Consumo** nace como una consecuencia del principio de la libertad de contratar. Como sabemos, el libera-

lismo influenció la codificación del Derecho bajo la premisa de que las partes tienen libertad para llegar a acuerdos, para elegir a la otra parte contratante, para discutir el contenido del contrato, para elegir las formas, para atribuirles los efectos que deseen, etc. Pero esta libertad supone un equilibrio de voluntades en igualdad.

No obstante, la historia de las relaciones de consumo ha demostrado y demuestra que la situación de equilibrio e igualdad entre las partes contractuales hace tiempo que dejó de ser (si alguna vez lo fue) un axioma para pasar a ser una falacia: una apariencia de verdad que induce a error o engaño. La libertad contractual deviene una quimera para el contratante carente de poder de negociación; en la práctica, una de las partes está en situación dominante

y, por ello, es ella quien fija el contenido del contrato e impone sus condiciones.

El desarrollo de la industrialización lleva a la producción, a la comercialización y al consumo en masa, lo que provoca la contratación en serie, donde no hay tiempo para discutir los términos de un contrato. La circulación debe ser rápida, todo es urgente.

Para dar respuesta a esta necesidad del mercado, el Derecho crea los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación, donde las obligaciones se objetivan y los contratos se despersonalizan. Al consumidor solo le queda decidir *si lo toma o lo deja*.

Como sabemos, el *iter* contractual consta de tres fases: la precontractual, la contractual y la ejecución o cumplimiento. Pues



bien, en los contratos de adhesión, falla la primera fase, la precontractual, donde las partes dialogan para concretar el contenido del contrato. Esto hace que la doctrina du- de sobre la naturaleza jurídica de este tipo contractual, lo que ha llevado a la jurisprudencia a calificar estos contratos como una auténtica forma de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico. Esta fase fundamental, la precontractual, que determinará los acuerdos del contrato, quiebra en este tipo de contratación y, de alguna manera, vicia el consentimiento de una de las partes en la segunda etapa, donde convergen las voluntades y las vincula: la llamada *fase contractual*. La pérdida del equilibrio contractual ha producido un problema de confianza y falta de seguridad que ha obligado primero al Poder Judicial y luego al Legislativo a preocuparse por reducir ese desequilibrio *inter partes*.

El Derecho de Consumo, con el propósito de reequilibrar el contrato, impone una serie de obligaciones a la parte fuerte del contrato en el momento de elaborarlo para ofrecerlo al consumidor y que este pueda prestar su consentimiento razonado y reflexivo

Precisamente por ello, para ayudar a que ese consentimiento que se da en la segunda fase contractual sea menos inducido y dirigido, el **Derecho de Consumo** pone su acento en la fase precontractual. Es en esta fase donde intenta imponer una serie de obligaciones a la parte fuerte del contrato en el momento de elaborarlo y en el momento de ofrecerlo al consumidor para que este tenga la oportunidad de conocerlo y comprenderlo con una anticipación suficiente que le permita prestar su consentimiento razonado, reflexivo, comprendiendo bien las obligaciones que contrae, con el propósito de reequilibrar el contrato.

Así nace el llamado **Derecho de Consumo** o Derecho del Consumidor, especialmente a partir de los años sesenta, cuando el Estado se decide a intervenir tímidamente en la contratación en masa para equilibrar las partes del contrato. Su objetivo solo es uno, claro y preciso: se crea para ayudar a la parte desequilibrada, llamada *consumidor*

FICHA TÉCNICA



Resumen: El Derecho de Consumo nace como una consecuencia del principio de la libertad de contratar y por la necesaria protección que ha de darse a la parte más débil del contrato: el consumidor. Mediante el presente trabajo, se analiza la diferente normativa aplicable, y más en concreto la regulación que el Código de Consumo de Cataluña dispensa en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas.

Palabras clave: Derecho de Consumo, crédito hipotecario, préstamo hipotecario, Código de Consumo de Cataluña.

Abstract: Consumer Law arose as a result of the principle of the freedom of contract and due to the necessary of protecting the weakest party of the contract: the consumer. The present article analyzes the different regulations that apply, and more specifically, the regulations made by the Consumer Code of Catalonia on the subject of mortgage credits or loans on housing.

Keywords: Consumer Law, mortgage credit, mortgage loan, Consumer Code of Catalonia.

o *usuario*, frente a la otra parte, que ocupa la posición de privilegio e impone sus condiciones contractuales. Por lo tanto, el **Derecho de Consumo** se compone del conjunto de normas elaboradas por el Estado e interpretadas por la jurisprudencia con el único fin de proteger al consumidor o usuario.

II. LA UNIÓN EUROPEA

Destacando la premisa general de que quien está en situación de privilegio tiende al abuso, y traspasándola al campo concreto de las relaciones de consumo, ello hace que la Unión Europea se preocupe de proteger los intereses, la salud y la seguridad de los consumidores (principios enunciados en el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que se encuentra en el Título XV, «Protección de los consumidores»). Así, la Unión Europea ha ido adoptando progresivamente medidas dirigidas a defender los intereses de los consumidores, especialmente a partir de los años setenta, cuando comenzó a armonizar las medidas nacionales. La finalidad de su política es promover el derecho de los consumidores a la información, la educación y su organización para defender sus intereses. El consumidor solo puede acercarse a equilibrar su posición contractual si tiene una correcta información, si ha sido educado para valorarla y si es capaz de organizarse. Estos son tres pilares fundamentales en los que se basa todo el **Derecho de Consumo**.

III. LEGISLACIÓN

Legislación de la Unión Europea. Si entramos en la web EUR-Lex, que da acceso en línea al Derecho de la Unión Europea,

encontramos, en materia de consumidores, un total de 1.109 normas (entre directivas, reglamentos, decisiones del Parlamento y el Consejo, de la Comisión, etc.), de las cuales 847, las más numerosas, se refieren a la «Información, educación y representación de los consumidores».

Legislación estatal española. En primer lugar, no hay que olvidar que el Derecho de Consumo en España, como otros distintos ámbitos del Derecho Privado, tiene su origen en normas comunitarias. Junto a la ingente legislación de la Unión Europea, en España también tenemos una no menos ingente legislación estatal, empezando por la norma pionera de protección al consumidor, la Ley de Azcárate (Ley de 23 de julio de 1908, de la usura), que, a pesar de su antigüedad, sigue hoy en vigor y atribuye a los Tribunales la facultad de anular préstamos cuando concurren los elementos de la usura. Más reciente, la norma que ampara nuestro sistema de **Derecho de Consumo** se encuentra en el art. 51 CE, que eleva a rango constitucional la protección de los consumidores.

Legislación estatal general. Dentro de la abundante legislación que aquí se encuentra, destacamos, por su importancia, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Precisamente su art. 1 fija como **principio general**: «Esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de **protección de los consumidores y usuarios**».

Legislación estatal sectorial. Aquí encontramos una infinidad de normas: aparatos de uso doméstico, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, arbitraje de consumo, asociaciones de consumidores y usuarios, condiciones generales de la contratación, comercio electrónico, contratos bancarios, contratos celebrados a distancia, contratos celebrados fuera de establecimiento, crédito al consumo, prácticas comerciales desleales, precios de productos y servicios, préstamos hipotecarios y servicios de intermediación de créditos, productos alimenticios, publicidad, responsabilidad por productos defectuosos, talleres de vehículos, telecomunicaciones, venta ambulante, venta a plazos, viajes combinados, edificación, vivienda, etc.

Legislación autonómica. Que, a su vez, también se subdivide en general y en sectorial. Aquí también la legislación es ingente, ya que las diecisiete Comunidades Autónomas tienen sus propias leyes de protección al consumidor. La norma autonómica general más reciente de consumo es la Ley de la Comunidad Valenciana 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, y la pionera fue la que se publicó en el año 1990 en Cataluña, la Ley 1/1990, de 8 de enero, de disciplina del mercado y defensa de los consumidores y usuarios, derogada por la vigente Ley 22/2010, de 20 de julio, del vigente Código de Consumo de Cataluña, cuyo art. 111-1, «Objeto y ámbito», establece que su objeto es «garantizar la defensa y la protección de los derechos de las personas consumidoras y establecer [...] los principios y normas que deben regirlas para mejorar la calidad de vida de las personas consumidoras».

IV. LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LOS CRÉDITOS O PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SOBRE VIVIENDAS

¿Quién es consumidor? La respuesta a esta pregunta dependerá del sector donde nos movamos. En **Derecho comunitario** no hay un concepto general de *consumidor*, ya que cada Directiva sectorial establece su propia definición. No obstante, todas las directivas tienen unos puntos en común de los que la doctrina deduce que *consumidor* es toda **persona física**, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su uso o

consumo final, con el objetivo de satisfacer necesidades personales o familiares.

Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, por la que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE, así como el Reglamento (UE) n.º 1093/2010:

— **Ámbito de aplicación.** El art. 3 dispone que su ámbito de aplicación sea:

a) *Los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado Miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial.*

b) *Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.*

(Por tanto, aun cuando no conlleven hipoteca o garantía similar.)

Luego, el mismo art. 3 establece los supuestos de no aplicación de la Directiva y los supuestos en que los Estados Miembros tienen libertad para decidir sobre su aplicación o no.

— **Definiciones.** El art. 4 nos da tres definiciones para situarnos:

1) **Consumidor:** se remite al art. 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE: la «*persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*».

2) **Prestamista:** «*la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito incluido en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 en el ejercicio de su actividad comercial o profesional*».

3) **Contrato de crédito:** «*el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar*».

— **Objeto de la Directiva.** Es evidente que es la protección del consumidor en este campo de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas, pero incidiendo fundamentalmente en la información, sin descuidar la educación del consumidor y la profesionalización de los prestamistas y sus intermediarios. De los 84 considerandos de la Directiva, casi la mitad se refieren a la necesidad de la información, algunos a la profesionalidad de los prestamistas y uno, muy ilustrativo, a la necesidad de educar al consumidor:

En la Directiva 2014/17/UE, de los 84 considerandos, casi la mitad se refieren a la necesidad de la información, algunos a la profesionalidad de los prestamistas y uno, muy ilustrativo, a la necesidad de educar al consumidor

A) Educación. Considerando 29:

Con objeto de aumentar la capacidad de los consumidores de tomar por sí mismos decisiones con conocimiento de causa sobre la contratación de préstamos y la gestión responsable de la deuda, los Estados Miembros deben promover medidas destinadas a apoyar la educación de los consumidores en estos ámbitos en relación con la contratación de préstamos y la gestión responsable de la deuda, referentes, en particular, a los contratos de crédito garantizados con hipoteca. Es especialmente importante facilitar orientaciones a los consumidores que celebren por primera vez un contrato de crédito garantizado con hipoteca. A este respecto, la Comisión debe especificar ejemplos de mejores prácticas para facilitar la ulterior elaboración de medidas destinadas a aumentar la concienciación financiera de los consumidores.

En esta línea, el art. 6 exige que los Estados Miembros fomenten medidas de educación financiera de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular, en relación con los contratos de crédito hipotecario. Es necesario disponer de información **clara y general sobre el proceso**



de concesión de créditos a fin de orientar a los consumidores. Se trata de aumentar la concienciación financiera de los consumidores.

B) Profesionalidad. No obstante, también la profesionalidad preocupa al legislador europeo, como indican los considerandos 3 y 4:

3) *La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular, los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas.*

4) *La Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias.*

Ratificando esta postura, el art. 7 exige a los prestamistas, sus intermediarios de crédito o representantes designados que, en todo el *iter* contractual (al elaborar productos crediticios, conceder créditos, prestar servicios de intermediación, asesoramiento y, en su caso, servicios accesorios, o cuando ejecuten un contrato de crédito), **actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional**, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. El Anexo III de la Directiva regula los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal de los prestamistas.

C) Información. Como se ha dicho, uno de los puntos donde más incide la Directiva es en la información y en la obligación de facilitarla de forma gratuita a los consumidores



(art. 8), y que la publicidad sobre los contratos de crédito sea leal y clara y no resulte engañosa (art. 10). De la Directiva se deducen tres niveles de información a facilitar al consumidor, correlativos a los distintos estadios que atraviesa el consumidor hasta la contratación de un préstamo o crédito hipotecario:

1) La información que se recibe a través de la publicidad. El art. 11 establece que toda publicidad sobre contratos de crédito especificará de forma clara, concisa y destacada:

1. La identidad del prestamista, del intermediario de crédito o representante designado.
2. El tipo de garantía: hipoteca u otra garantía sobre inmueble.
3. Una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el consumidor.
4. La necesidad de adquirir un producto accesorio cuando sea obligatorio para obtener el crédito u obtenerlo en dichas condiciones, si el coste de este servicio no se pudiera determinar de antemano.

5. El tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor.
6. El importe total del crédito.
7. La TAE.
8. La duración del contrato de crédito.
9. El importe de los pagos a plazos.
10. El importe total adeudado por el consumidor.
11. El número de pagos a plazos.

Los puntos del 5 al 11 deben ir acompañados de un ejemplo representativo.

2) La información general sobre los contratos de crédito. Se deberá facilitar en todo momento, en soporte duradero, información clara y comprensible sobre los contratos de crédito, que contendrá, como mínimo, según el art. 13 de la Directiva:

1. La identidad y dirección de quien emite la información.
2. Los fines para los que puede emplearse el crédito.

3. Las formas de garantía.
4. La posible duración de los contratos de crédito.
5. Las formas de tipo deudor disponibles (fijo, variable o mixto) y las implicaciones que cada una tiene para el consumidor.
6. Cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, indicación de la misma e implicaciones.
7. Ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total, del importe total adeudado y de la TAE.
8. Indicación de otros posibles costes.
9. Las formas de diversas opciones existentes para reembolsar el crédito (número, periodicidad y cuotas).
10. Descripción de las condiciones de reembolso anticipado.
11. Indicación de si es necesario tasar el inmueble, quién es responsable de garantizar que se lleve a cabo la evaluación y sus costes.
12. Servicios accesorios que se esté obligado a contratar y, si ha lugar, aclaración de que puede contratarlos con un proveedor distinto al prestamista (como en el caso de los seguros).
13. Advertencia general sobre las consecuencias de incumplir los compromisos de pago.

Uno de los puntos donde más incide la Directiva es en la obligación de facilitar la información de forma gratuita a los consumidores y que la publicidad sobre los contratos de crédito sea leal, clara y no resulte engañosa

- 3) **La información precontractual.** Se compone de dos do-

cumentos: la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la oferta vinculante. La FEIN es de entrega obligatoria y la oferta vinculante, cuando el Estado así lo disponga. Ambos documentos se regulan en el art. 14.

— La FEIN

Forma. Los prestamistas, intermediarios y representantes deberán ofrecer la información personalizada en papel o en cualquier otro soporte duradero que figure en el Anexo II (art. 14.2). En el texto introductorio FEIN, párr. 3.º, se dice: «*La información que figura a continuación es válida hasta el [fecha de validez], (si ha lugar) a excepción del tipo de interés y otros gastos. Después de esa fecha, puede variar con arreglo a las condiciones del mercado*».

Finalidad. Se da para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito.

Obligatoriedad. La FEIN siempre debe entregarse.

Momento en que debe entregarse. Según el n.º 1 del art. 14:

- a) Sin demora injustificada, una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito (se refiere a la firma del contrato que ya obliga al consumidor, que no es la oferta vinculante, que solo obliga la prestamista).
- b) Siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista y el consumidor no haya recibido anteriormente una FEIN (art. 14.3.a), que, lógicamente, deberá coincidir con la

oferta vinculante. Aquí hay que tener en cuenta el art. 14.4, que dice: «*Los Estados Miembros podrán disponer que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista*», para así evitar que se entregue la FEIN en el mismo momento en que se entrega la oferta vinculante.

- c) Entrega de una nueva FEIN: siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista y las características de la oferta difieran de la información indicada en la FEIN facilitada previamente (art. 14.3.b).

— La oferta vinculante

¿A quién vincula? Al prestamista.

¿Es obligatoria u optativa?

Mientras que la entrega de la FEIN es obligatoria, la oferta vinculante será opcional u obligatoria en función de la transposición que haga cada Estado Miembro de la Directiva (el art. 42 da de plazo para la transposición y entrada en vigor hasta el 21 de marzo de 2016). Así se deduce del Considerando 44: «*Cuando se haga al consumidor una oferta vinculante, esta debe ir acompañada de la FEIN, a menos que ya se le haya facilitado la ficha y que las características de la oferta correspondan a la información previamente proporcionada*», y del art. 14.3: «*Los Estados Miembros velarán por que siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista [...] y vaya acompañada de una FEIN cuando...*».

Forma. Se deberá ofrecer en papel o en cualquier otro soporte duradero y debe ir acompañada de una FEIN.

Finalidad. La misma que la FEIN: para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito. Y, además, para vincular al presta-



mista a las condiciones ofertadas por el tiempo fijado.

Período de reflexión (art. 14.6). El plazo es de 7 días, como mínimo; así resulta del Considerando 23 (de difícil interpretación) y del art. 14.6. La finalidad del período de reflexión es para que el consumidor pueda comparar ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.

Transcripción expresa del período de reflexión. En la FEIN y, en su caso, en la oferta vinculante, se especificará que el período de 7 días es un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas; así resulta del Anexo II del modelo FEIN en su n.º 11.

Efectos del período de reflexión (art. 14.6):

- a) La oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión.
- b) El consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión.
- c) Opcionalmente, los Estados Miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros 10 días del período de reflexión.

— **Entrega del proyecto del contrato.** La Directiva distingue entre:

- a) Deber de entregar el proyecto: cuando no exista un derecho de desistimiento.
- b) Deber de ofrecer el proyecto: cuando exista un derecho de desistimiento.

Así lo dice el Considerando 46:

Al menos cuando no exista derecho de desistimiento, en el momento de hacer una oferta vinculante para el prestamista, este o, en su caso, el intermediario de crédito o representante designado debe entregar al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito. En los demás casos, debe ofrecerse al consumidor, como mínimo, una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga la oferta vinculante.

Y lo ratifica el **art. 14.11**:

Los Estados Miembros velarán porque, al menos cuando no exista un derecho de desistimiento, el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado facilite al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando exista un derecho de desistimiento, los Estados Miembros velarán porque el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado se ofrezca a facilitar al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista.

— **Prácticas de ventas vinculadas y combinadas.** El Considerando 24 y el art. 12 permiten a los Estados Miembros autorizar las prácticas de ventas combinadas, por las peculiares características de los contratos de crédito relacionados con los inmuebles de uso residencial y la práctica habitual de los prestamistas, pero prohibirán las prácticas de ventas vinculadas (aquellas en las que se ofrece el crédito y otro producto sin que puedan obtenerse de forma separada) con algunas excepciones:

- 1) Se podrá pedir al consumidor, a un familiar o pariente próximo la apertura o mantenimiento de, alternativamente:
 - a) Una cuenta de pago o ahorro cuya finalidad sea efectuar los reembolsos del crédito.
 - b) Un producto de inversión o pensión privada que ofrezca ingresos tras su jubilación, sirviendo

de seguridad adicional al prestamista.

- c) La celebración de un contrato de crédito paralelo para la obtención de una propiedad compartida.
- 2) Se permitirán las prácticas de venta vinculada cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados se ofrecen a precio de mercado o acarrear un claro beneficio para el consumidor.

Finalmente, los Estados Miembros podrán permitir que los prestamistas exijan la suscripción de una póliza de seguros, pero el prestamista deberá aceptar la póliza de seguros de un proveedor distinto a su favorito cuando la garantía sea equivalente. Es decir, el consumidor podrá acudir al mercado en busca de la mejor oferta respecto a estos seguros.

Antes de firmar, se facilitarán explicaciones sobre el contrato de crédito y otros servicios: la información requerida por la FEIN, los riesgos que conlleva y consecuencias del impago y las implicaciones de la rescisión de productos separados del crédito en una venta combinada

— **Explicaciones adecuadas (art. 16).** Y, después de todo lo dicho, se insiste en que, adicionalmente, antes de firmar, se facilitarán explicaciones adecuadas sobre el contrato o contratos de crédito que se ofrecen y servicios accesorios, en especial, sobre la información requerida por la FEIN, los riesgos que conlleva y consecuencias de impago, así como las implicaciones de la rescisión de productos separados del crédito en una venta combinada.

V. REGULACIÓN EN CATALUÑA

Competencia de Cataluña en materia de consumo:

- 1) El art. 51 CE dispone que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios y pro-



teger con procedimientos eficaces su seguridad, salud y legítimos intereses económicos.

- 2) El art. 123 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo.
- 3) El art. 113 del Estatuto de Autonomía de Cataluña recoge expresamente la competencia de la Administración de la Generalitat para desarrollar, aplicar y ejecutar la normativa de la Unión Europea que afecte al ámbito de sus competencias.

El Código de Consumo de Cataluña.

Con base en esta competencia exclusiva, el Código de Consumo de Cataluña fue aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio. Se divide en tres libros:

- 1) El Libro I contiene las disposiciones generales.
- 2) El Libro II regula los aspectos relativos a las relaciones de consumo.
- 3) El Libro III se dedica a la disciplina del mercado y los derechos de las personas consumidoras.

Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña:

Art. 111-1, «Objeto y ámbito»:

1. La presente ley tiene por objeto **garantizar la defensa y la protección de los derechos de las personas consumidoras** y establecer [...] los principios y normas que deben regirlas para **mejorar la calidad de vida de las personas consumidoras**.

Art. 111-2. Definiciones:

a) **Personas consumidoras y usuarias:** las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Tienen también esta consideración los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa. Cualquier referencia que se haga en la presente ley al concepto de persona consumidora se entiende hecha a la persona consumidora o usuaria en la medida que goza de bienes y servicios fruto de la actividad empresarial en el mercado.

A diferencia de la legislación europea, aquí se incluyen también las personas ju-

rídicas que cumplan con los requisitos de dicho artículo.

d) **Empresario o empresaria:** cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional.

VI. TÍTULO VI DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA

El art. 20 de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y de préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, introduce el nuevo Título VI, «Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas», **en el Libro II** de la Ley 22/2010, de 20 de julio, que regula los aspectos relativos a las relaciones de consumo y se divide en tres capítulos:

1. Capítulo I, «Disposiciones generales»

Comprende dos artículos:

— El art. 261-1 define al prestamista:

b) **Prestamista:** cualquier persona física o jurídica que, de modo profesional, concede o se compromete a conceder créditos o préstamos hipotecarios, incluidas las entidades financieras y de crédito.

— El art. 261-2, titulado «Ámbito de aplicación». Los preceptos del presente título se aplican a:

A) Ámbito objetivo. Créditos y préstamos garantizados con una hipoteca sobre la vivienda, especificando:

- 1. Tanto si son destinados a su adquisición,
- 2. como a su rehabilitación,
- 3. o a la rehabilitación del inmueble del que forma parte.

Duda. Aquí se plantea la duda sobre si debe tratarse de la vivienda habitual o de cualquier vivienda, independientemente de su destino: es decir, la destinada a alquiler,



la de vacaciones o fines de semana, la que se queda vacía y cerrada, la que se compra para revender y hacer negocio, etc. A pesar de que el párr. 1.º del Preámbulo de la Ley se refiere a la vivienda habitual para justificar la conveniencia de impulsar las medidas de protección a los consumidores en el ámbito de los créditos o préstamos hipotecarios, «especialmente cuando se trata de la adquisición de la vivienda habitual», el art. 261-2, «Ámbito de aplicación», solo habla de **«la vivienda»** y nada más. Por tanto, desde mi punto de vista, hay que acudir a la fuente que motiva la reforma, y no es más que la **Directiva** cuyo objeto son los «bienes inmuebles de uso residencial» y para «prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares» (Considerando 3).

En el **Considerando 17 de la Directiva**, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles que no van a ser ocupados como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, sino que van a ser ocupados como vivienda u otro tipo de residencia con base en contratos de alquiler, presentan características y riesgos diferentes de los de los contratos de crédito estándar y precisan, por tanto, de un marco más adaptado. Por consiguiente, los Estados Miembros deberían poder excluir de la Directiva dichos contratos de crédito, en caso de que se haya establecido un marco nacional adecuado para ellos.

Respecto de su ámbito de aplicación, el art. 3 dice:

1. La presente Directiva se aplicará a:

a) Los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado Miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial.

b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

[...]

3. Los Estados Miembros podrán decidir no aplicar:

[...]

b) La presente Directiva a los contratos de crédito para la adquisición de un bien inmueble que estipulen que no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia con base en un **contrato de alquiler**.

A pesar del criticable silencio del legislador, la normativa de protección al consumidor debe aplicarse a toda vivienda y, por tanto, incluso a quien la adquiere con afán especulativo o de negocio, lo que le aleja del concepto de **consumidor**

Por tanto, entiendo que, como el Código de Consumo de Cataluña no dice nada y, pues, no ha decidido nada (en términos de la Directiva), esta normativa de protección al consumidor **debe aplicarse a toda vivienda**, incluida la que se adquiere con afán especulativo o para obtener un beneficio económico, venta, alquiler, permuta, actuación urbanística, etc. Personalmente, **crítico este silencio** legal que demuestra cierta improvisación del legislador; la norma debería razonar en su Exposición de Motivos por qué se debe aplicar esta normativa de protección al consumidor a alguien que adquiere una vivienda con afán especulativo o de negocio, lo que le aleja del concepto de *consumidor*.

B) Ámbito subjetivo:

1. A los consumidores, en contratos de crédito o préstamo hipotecario.
 2. A los avalistas de la operación de crédito o préstamo.
 3. A los propietarios hipotecantes.
2. **Capítulo II, «Obligaciones de información previa»**

Comprende diez artículos:

A) Primera información, la publicidad. Los arts. 261-1, 261-2 y 261-3 regulan cómo debe ser la publicidad: **honesto, clara, profesional, concreta, fácilmente compren-**

sible, no engañosa ni generadora de falsas expectativas:

1. **Transparencia con relación a los contratos de créditos o préstamos hipotecarios y servicios accesorios (art. 262-1).** La información publicitaria **debe ser honesta y profesional**. En el caso de créditos o préstamos hipotecarios, deben entregarse a los consumidores, gratuitamente y sin compromiso, **las condiciones generales de la contratación** en un formato que pueda ser consultado en ausencia del prestamista, en soporte papel o en cualquier otro soporte duradero que permita su almacenaje y reproducción posterior. Esta información debe ser accesible desde la web y en los establecimientos abiertos al público y debe adaptarse al contenido de la FEIN.
2. **Transparencia con relación a los precios (art. 262-2).** La información publicitaria sobre tarifas de comisiones o compensaciones y de los gastos repercutibles y su periodicidad debe recogerse en un documento que debe entregarse, gratuitamente, antes de formalizar el contrato, compromiso, opción o similar, con un mínimo de 5 días de antelación, y debe redactarse de forma **clara, concreta y fácilmente comprensible**.
3. **Comunicaciones comerciales y publicidad de los créditos y préstamos hipotecarios.** Deben ser **claras, no engañosas y en ningún caso pueden generar falsas expectativas**, y de una forma comprensible y transparente deben dar a conocer los elementos esenciales para poder comparar las diferentes ofertas, señalando los puntos que deben informar, que no es más que un resumen de la información previa. Vendría a ser la «*información general sobre los contratos de crédito*» del art. 13 de la Directiva y la FIPRE del art. 21 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

B) Segunda información, la información previa al contrato de crédito o préstamo hipotecario. El art. 262-4 no bautiza con ningún nombre a esta información, solo la llama *información previa*. Vendría a ser la FEIN del art. 14 de la Directiva y la FIPER del art. 22 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de

octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Forma y contenido. El art. 262-4 exige, antes de firmar el contrato de crédito o préstamo hipotecario, la entrega por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera, donde quede «constancia de la fecha de la recepción por el destinatario, a la vez que haga posibles una conservación, una reproducción y un acceso a la información adecuados» (art. 262-4.2), «de forma gratuita, clara, completa y comprensible, como mínimo la siguiente información» (art. 262-4.1), que se compone de 21 puntos, y en su punto 7, que es la letra g, deben contener 5 advertencias.

Modelo. Esta obligación de información se entiende cumplida si se entrega al consumidor, debidamente rellenado, un modelo de información que se haya establecido legal o reglamentariamente a tal efecto. Hoy todavía no existe tal formulario, cosa que crítico, porque cada entidad presenta su modelo propio y raramente se cumple con la información que exige este artículo. Con lo cual entiendo que es mejor incorporar un testimonio de este documento a la escritura para que esta pueda considerarse completa, ya que el Notario debe verificar su contenido.

Por tanto, es función del Notario comprobar que este documento contenga los **21 puntos y las 5 advertencias**:

1. El prestamista o el intermediario de crédito, con una antelación mínima de **14 días naturales** a la formalización del contrato y antes de que la persona consumidora asuma cualquiera obligación derivada de la oferta o del contrato de crédito o préstamo hipotecario, debe suministrarle, de forma gratuita, clara, completa y comprensible, como mínimo la siguiente información:

a) La **identidad** y el **domicilio** del prestamista y la identificación de la **persona responsable** del préstamo.

b) La **finalidad** para la que podrá utilizarse el crédito o préstamo.

c) El **derecho** de la persona consumidora a **escoger Notario**, que solo puede

ser escogido por el prestamista si la persona consumidora no lo hace.

d) El **derecho** de la persona consumidora a **aportar una tasación** del bien inmueble, que debe ser aceptada e incluida en el registro de la entidad de crédito, de acuerdo con la legislación vigente.

(Sin perjuicio de que, si la ha llevado a cabo el prestamista, ex art. 262-5.2, le deberá entregar «una copia del informe de tasación, si la operación llega a formalizarse, o el original del informe, en caso contrario».)

e) Una **descripción de las principales características del contrato de crédito o préstamo**, que debe incluir la **duración**; la descripción comparativa de los **tipos de crédito disponibles**, con una breve exposición de las características de los productos **a tipo fijo, referenciado y variable**; las **implicaciones para la persona consumidora**; las **opciones para reembolsar el crédito al prestamista**, con indicación del número, la periodicidad y el importe de las cuotas; la posibilidad, si procede, de **reembolso anticipado**, su repercusión en el precio del crédito o préstamo hipotecario y, si procede, las condiciones a que está sujeto dicho reembolso. En todo caso, debe entregarse a la persona consumidora **un cuadro que refleje la evolución, durante los 12 meses anteriores, de los diversos tipos de referencia oficiales**.

f) El **precio total que debe pagar** la persona consumidora, incluido el desglose de todas las comisiones, cargas y gastos que sean precisos para la formalización del préstamo, así como todos los impuestos y la tasa anual equivalente, expresada con un ejemplo representativo, que debe incluir, al menos, los **gastos desglosados** de impuestos y tasas, los gastos de tramitación, tasación de la finca, comisión por cancelación de hipotecas por amortizaciones anticipadas parciales o totales y los demás que puedan presentarse por la contratación del préstamo hipotecario. También deben hacerse constar, si existen, **los gastos** en caso de **impago**. Los prestamistas y los intermediarios de crédito vinculado no pueden incluir en ningún caso el concepto de asesoramiento.

g) Las siguientes advertencias:

1.ª Una advertencia que indique que el crédito o préstamo ofrecido está relacionado con **incrementos del tipo de interés** o del precio del crédito o préstamo hipotecario o con otros instrumentos u operaciones que **impliquen riesgos especiales para la persona consumidora**.

2.ª Una advertencia sobre el riesgo que asume la persona consumidora de **perder la vivienda** en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito y del hecho de que la **responsabilidad no está limitada a la finca**, y la advertencia de que también podría perder otros bienes de su patrimonio hasta el importe debido. En todo caso, la persona consumidora, con esta advertencia, debe obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con una referencia especial al riesgo del tipo de interés asumido.

3.ª Una advertencia sobre los contratos de seguros o de apertura de cuentas corrientes y demás **servicios accesorios, con indicación de si son obligatorios u opcionales para la persona consumidora**, del coste real para esta y de las implicaciones que para ella puedan tener, incluidas las derivadas de no cumplir los compromisos. También debe añadirse la información sobre la posibilidad que tiene el consumidor de contratarlos a un proveedor acreditado distinto al prestamista.

(Se está refiriendo a las **prácticas vinculadas y combinadas** del art. 262-9, que no es más que una transcripción, *mutatis mutandis*, del art. 12 de la Directiva, que autoriza las prácticas combinadas, pero no las vinculadas, excepto en los supuestos que cita el artículo que transcribe la Directiva.)

4.ª Una advertencia sobre las **cláusulas contractuales que generen más riesgo para la persona consumidora**.

5.ª Una advertencia sobre el derecho de la empresa prestamista a declarar vencida toda la deuda por el **impago de tres cuotas mensuales** o un número de estas equivalente a tres meses.



h) Las **modalidades de pago y de ejecución**.

i) La **divisa** en la que pueden contratarse los créditos o préstamos, con la explicación de las implicaciones para la persona consumidora de hacerlo en una moneda que no es de curso legal en Cataluña.

j) La **naturaleza y el alcance de la garantía** o garantías del crédito o préstamo.

k) El **derecho a obtener una oferta vinculante**, la **duración y las condiciones**.

l) La **información relativa a cualquier derecho que tengan las partes para resolver el contrato anticipadamente**, de acuerdo con la legislación aplicable y con las condiciones del contrato, incluidas las **compensaciones que incluya el contrato**.

m) El **tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, los índices de referencia aplicables al tipo deudor inicial, los recargos aplicables y las condiciones en que pueden modificarse**. También debe especificarse el tipo de interés de **demora**.

n) Un **estudio de sensibilidad de las oscilaciones en el importe total del préstamo para la persona consumidora en los créditos o préstamos hipotecarios a tipos de referencia, con la comunicación del importe más alto y más bajo que puede tener la cuota mensual a lo largo del período de amortización previsto, con base en la fluctuación que ha sufrido el índice de referencia, al menos, en los últimos veinte años**.

o) Las **cláusulas suelo y techo y demás cláusulas o contratos accesorios que pueden alterar el tipo de interés o el precio del crédito o préstamo hipotecario, las implicaciones de estas cláusulas o estos contratos accesorios para la persona consumidora, así como la comparativa de la onerosidad del crédito o préstamo con estas cláusulas o estos contratos y sin ellos**.

p) Indicaciones sobre cómo puede afectar el préstamo hipotecario a las **obligaciones fiscales y sobre las ayudas**

públicas, teniendo en cuenta las cualidades del prestatario consumidor.

q) Los **medios de reclamación y sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que tiene derecho a acceder la persona consumidora**.

r) El **sistema de fijación de la deuda o de la determinación de las cantidades debidas**.

s) El **derecho de la persona consumidora a negociar individualmente las cláusulas del contrato**.

t) La **obligación que, en los supuestos establecidos legalmente por la escritura de los préstamos hipotecarios, debe añadirse, además de la firma del cliente, una expresión manuscrita en que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato**.

u) La **posibilidad de consultar la Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España y la indicación de dónde se puede consultarse**.

Plazo de entrega. 14 días naturales a la formalización del contrato (art. 262-4.1). Este es un plazo de reflexión superior al mínimo que establece el art. 14.6 de la Directiva para la FEIN, que es un mínimo de 7 días. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, no fija ningún plazo de reflexión para la FIPER.

Los prestamistas deben entregar por escrito una oferta vinculante de crédito o préstamo al consumidor. Además, un proyecto de documento contractual en el que constará el derecho a examinar la escritura pública en el despacho del Notario autorizante con una antelación mínima a la fecha de la firma de 5 días hábiles

C) Tercera información, la oferta vinculante. El art. 262-6 indica la obligación de entregar cuando dice que los prestamistas **«deben entregar por escrito una oferta vinculante de crédito o préstamo a la persona consumidora con la información a**

que se refiere el artículo 262-4».

Esta idea de obligación persiste cuando sigue el mismo artículo: «Se entiende cumplida la **obligación** establecida por el presente apartado si el prestamista entrega a la persona consumidora, debidamente rellenado, un formulario normalizado aprobado mediante una disposición legal o reglamentaria». Y luego sigue diciendo en el n.º 3: «El documento que contiene la oferta vinculante debe ir acompañado del **proyecto de documento contractual**. En este documento debe constar el **derecho de la persona consumidora a examinar la escritura pública** en el despacho del Notario autorizante con una antelación mínima a la fecha de la firma de 5 días hábiles».

Esto da a entender que obligatoriamente debe entregarse la oferta vinculante y, a mi entender, queda descartado que la oferta vinculante sea una obligación **que solo debe cumplirse a instancias del consumidor si ejerce su derecho a solicitarla**, ex art. 262-4.1, letra k), que debe figurar en la información previa: «k) **El derecho a obtener una oferta vinculante, la duración y las condiciones**».

Forma. La oferta vinculante se entrega por escrito (art. 262-6.1), a diferencia de la información previa, que puede ser por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera, como hemos visto (art. 262-4.2), y debe ir firmada por un representante del prestamista (art. 262-6.2).

Contenido. Hay un contenido mínimo, que es «la información a que se refiere el artículo 262-4», y hay un contenido complementario, que sería sobre «cualquier otra información que consideren relevante», evidentemente, los prestamistas. Además, debe acompañarse del proyecto de documento contractual y constar el derecho del consumidor a examinar la escritura pública en el despacho del Notario autorizante con una antelación mínima a la fecha de la firma de 5 días hábiles (art. 262-6.3). La entrega del proyecto de documento contractual la justifica el Considerando 46 de la Directiva, que hemos visto: «Al menos **cuando no exista derecho de desistimiento**, en el momento de hacer una oferta vinculante, [...] **debe entregar al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito**».

Formulario. Esta obligación de información se entiende cumplida si se entrega al consumidor, debidamente relleno, un formulario normalizado aprobado mediante una disposición legal o reglamentaria. Vale aquí lo dicho sobre el modelo de información previa.

Plazo de entrega. Una vez obtenida la tasación del inmueble, efectuadas (si procede) las comprobaciones pertinentes sobre la situación registral de la finca y evaluada la solvencia del prestatario.

Plazo de vigencia para el prestamista. Tiene un plazo de validez no inferior a 14 días naturales desde la fecha de entrega (art. 262-6.2). Es decir, el prestamista no puede desdecirse ni variar el contenido de la oferta dentro del plazo de los 14 días naturales que tiene el consumidor para firmar el contrato de préstamo o crédito hipotecario. Igual que el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, pero con una excepción que no figura en el Código catalán: «5. **Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a 14 días naturales desde su fecha de entrega.**». Cabe destacar que, a diferencia de la Orden, que no fija un período mínimo obligatorio, el Código catalán establece un doble período de reflexión: el de 14 días naturales, mínimo obligatorio, que debe transcurrir desde la entrega de la información previa (FEIN-FIPER), y otro opcional para el consumidor, de 14 días naturales desde la entrega de la oferta vinculante.

Contratación de servicios de asesoramiento ofrecidos por los prestamistas o los intermediarios de crédito. El art. 262-8 prevé esta posibilidad siempre que, antes de que sean contratados, se entregue al consumidor, en papel o en otro soporte duradero, la información de si se ofrecen productos propios del prestamista o el intermediario o bien un conjunto más amplio de productos, así como los gastos de este servicio.

3. Capítulo III, «Otras obligaciones»

Comprende dos artículos:

1. Explicaciones adecuadas. Persiste en la idea de la información. En realidad, el

art. 263-1 no es más que una transposición del art. 16 de la Directiva, sobre explicaciones adecuadas: se facilitarán sobre el contrato que se ofrece y servicios accesorios. En definitiva, es explicar el contenido de la información previa y «antes de formular la oferta vinculante». Respecto de los **servicios accesorios**, el artículo dice: «La aceptación expresa de los servicios complementarios por parte de la persona consumidora debe constar en un escrito en que deben desglosarse los conceptos, los importes, los plazos y las condiciones de pago», así como las implicaciones de la rescisión de productos separados del crédito en una venta combinada.

Momento de dar las explicaciones adecuadas. Lo normal será darlas con la entrega de la información previa, ya que, siguiendo el artículo, se hace «con la finalidad de que la persona consumidora pueda valorar si dichos créditos o préstamos se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera, comparar los créditos disponibles en el mercado, tomar una decisión fundamentada sobre la conveniencia o no de suscribir el contrato de crédito y decidir de forma suficientemente informada si acepta o no la prestación de los servicios complementarios y sobre el importe que debe pagar». Es evidente que deben darse «antes de formular la oferta vinculante».

2. Evaluación de la solvencia de la persona consumidora (art. 263-2). No es más que una consecuencia del llamado **préstamo o crédito responsable**: «El prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo».

VI. FUNCIÓN DEL NOTARIO

Tanto la Directiva como su transposición en Cataluña mediante la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, y que, como su nombre indica, su finalidad es «**la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo**», si leemos el Preámbulo de la Ley, se trata de «**impulsar una serie de medidas que mejoren la situación de las personas consumidoras en el ámbito de los créditos o préstamos hipotecarios, especialmente cuando se trata de la adquisición de la vivienda habitual**», y, por ello,

«esta reforma, esencialmente, **incrementa las garantías de la persona consumidora en la contratación de créditos o préstamos hipotecarios, lo que implica la regulación del contenido de la publicidad, la información precontractual, el deber de análisis de la solvencia de la persona consumidora y el deber, tanto de las entidades financieras y de crédito como del Notario que intervenga, de hacer comprensibles a la persona consumidora las implicaciones económicas y jurídicas de la transacción concreta, especialmente las consecuencias en caso de impago. De esta forma, quiere garantizarse la **protección de los consumidores** que son deudores hipotecarios a lo largo del iter contractual, desde la publicidad de los productos hipotecarios de activo, pasando por la fase precontractual y por la oferta, hasta la elevación a escritura pública del crédito o préstamo hipotecario. En este sentido, se orienta la actuación notarial como **garante de la legalidad de la operación y del derecho a la información de la persona consumidora**, se especifican el contenido mínimo en la fase publicitaria y de la información precontractual, la verificación de la solvencia del deudor y los demás aspectos documentales y de información que deben ayudar a la persona consumidora a hacer una **elección racional y responsable con relación a la contratación o no** del crédito o préstamo hipotecario».**

Así, el art. 1 destaca, entre otros fines, que «la presente ley tiene por objeto la mejora de la protección e información de las personas consumidoras con relación a la suscripción de créditos o préstamos hipotecarios».

VII. DERECHOS BÁSICOS Y FUNCIÓN NOTARIAL

Y, en la línea de tal protección, se producen las siguientes modificaciones en el Título II, «De los derechos **básicos** de las personas consumidoras», del Libro I, «Disposiciones generales»:

Primero: la adición de tres letras al art. 123-2. Aquí interesa destacar el añadido de la letra «h) Solicitar la eliminación y el cese de las cláusulas y prácticas abusivas o desleales. En el caso de los créditos o préstamos hipotecarios, puede preverse la opción de la dación en pago».

Segundo: la adición de un artículo, el **123-10**, dentro del mismo Título II, «De



los derechos **básicos** de las personas consumidoras», que dedica tres números a los notarios, el 2, el 3 y el 4:

En el n.º 2 del art. 123-10: «Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes relacionados con el negocio de crédito o de préstamo hipotecario **tienen derecho a recibir de los notarios, con una antelación de al menos 5 días hábiles** y de modo que les sea comprensible, la siguiente información:

1. **El contenido de la escritura** de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda.
2. **Sus consecuencias** para el consumidor, avalistas y terceros hipotecantes.
3. **Las consecuencias de una posible ejecución por impago.**
4. **Las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda.**
5. **Supuestos de que los prestamistas pidan ampliaciones de garantía.**
6. **Demás derechos y obligaciones.**
7. **La información relativa al arbitraje de consumo.**
8. **La información relativa a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos por no atender las obligaciones derivadas del contrato».**

Este derecho se debe de recoger en la oferta vinculante, ex art. 262-6.3: «El documento que contiene la oferta vinculante debe ir acompañado del proyecto de documento contractual. En este documento debe constar el derecho de la persona consumidora a **examinar** la escritura pública en el despacho del Notario autorizante con una antelación mínima a la fecha de la firma de 5 días hábiles».

Respecto al arbitraje de consumo y demás mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, hay que remitirse:

1. Al art. 132-4, que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual a consecuencia del incumplimiento del



deudor, admite y regula que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos que hagan viable que el consumidor conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute.

2. Al art. 133-1, que admite el arbitraje si existe un convenio arbitral previo entre las partes. En caso contrario, la Administración debe promover la formalización del convenio arbitral para resolver el conflicto mediante el arbitraje de consumo, estableciéndose una presunción legal en el n.º 2: «En materia de créditos y préstamos hipotecarios que tienen por objeto la **vivienda habitual**, se entiende que la empresa prestamista acepta el convenio arbitral siempre y cuando no haya manifestado expresamente al prestatario la voluntad en contra antes de la firma del contrato».

En el n.º 3 del art. 123-10: «Los notarios, en el marco de sus obligaciones legales, además de comprobar que en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda **no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido de-**

claradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas, deben velar por el respeto de los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras que son deudores hipotecarios». Este número hay que conectarlo con el derecho básico que tiene el consumidor a solicitar la eliminación y cese de las cláusulas y prácticas abusivas o desleales del art. 123-2, letra h).

Los notarios deben comprobar que en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda no se incluyen cláusulas declaradas nulas judicialmente por ser abusivas y, además, velar por el respeto de los derechos que la ley otorga a los consumidores deudores hipotecarios

En el n.º 4 del art. 123-10: «Los notarios deben asegurarse de que las personas consumidoras y los avalistas comprenden correctamente toda la información obligatoria referida al contrato hipotecario antes de firmarlo». Este número está en la base que fundamenta todo el Derecho de Consumo: la información clara que

permita al consumidor conformar libremente su voluntad consciente para que pueda adoptar la mejor decisión para sus intereses económicos. Este derecho **se reitera ad infinitum**, tanto en la Directiva como en el Código de Consumo de Cataluña, así como en la Ley 20/2014, que lo reforma, y ello porque es el pilar que sostiene todo el Derecho de Consumo: la información. En innumerables ocasiones encontramos en los textos de Derecho de Consumo que la información debe ser «*clara, transparente y adecuada*»; «*debe redactarse de forma clara, concreta y fácilmente comprensible*»; «*las comunicaciones [...] deben ser claras, no engañosas, legibles*»; «*debe informarse, al menos, de forma clara, concisa y destacada*»; «*debe suministrarle, de forma gratuita, clara, completa y comprensible*»; «*debe informarse de ello con advertencias claras*»; «*esta obligación debe mencionarse clara y destacadamente*», etc. No hay que olvidar que la información es un derecho básico y, dentro del mismo Título II, «De los derechos **básicos** de las personas consumidoras», se enumeran los derechos básicos del consumidor, que son imperativos e irrenunciables, lo que conlleva la nulidad de la renuncia. Así, podemos señalar:

1. **Como principio general**, la «Disposición general» del art. 123-1: «*Las personas consumidoras tienen derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales de acuerdo con lo establecido por la presente ley y las disposiciones que la desarrollen*».
2. **La protección contra los abusos contractuales** del art. 123-2: «*Las personas consumidoras tienen derecho a: a) Disponer, en el marco de las relaciones de consumo, de unas cláusulas generales o de otras cláusulas no negociadas individualmente que estén redactadas con concreción, claridad y sencillez, con respeto a los principios de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización en los contratos*

de cláusulas abusivas, ilegibles o incomprensibles».

3. **El derecho a la información precontractual** del art. 123-3: «*Las personas consumidoras tienen derecho a que se les **entregue, con un tiempo suficiente y razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas***».
4. **El derecho a la información contractual** del art. 123-4: «*En la documentación contractual deben constar, si procede, las condiciones generales, el derecho de desistimiento y las condiciones y el plazo de ejercicio, la existencia de garantías adicionales y la adhesión a códigos de conducta o medios alternativos de resolución de conflictos*».

Y, como hemos visto, el desarrollo del derecho a la información en general y a la información precontractual y contractual en el sector de los créditos y préstamos hipotecarios se encuentra en el Título VI del Libro II del Código de Consumo de Cataluña, añadido por la ley que comentamos. Por tanto, el Notario, por definición de su función, debe velar porque todos estos derechos se cumplan, instando a quien corresponda para que actúe en consecuencia. Y, si la norma no se cumple, quiere decir que la legalidad no se cumple, y el Notario tiene prohibido autorizar documentos contrarios a las leyes.

VIII. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y REFINANCIACIÓN

En el Capítulo I, «Disposiciones generales», del Título V, «De las obligaciones en la prestación de servicios», del Libro II, «Requisitos de las relaciones de consumo»:

- A) **Se añade un n.º 4 al art. 251-6.** Como disposición general, se establece que los precios, recargos y suplementos de los servicios son libres, pero que **no pueden cobrarse precios abusivos**, especialmente si las circunstancias particulares del caso menguan la libertad de elección de la persona consumidora. Y, respecto de los contratos de créditos y préstamos hipotecarios,

se consideran abusivas las siguientes cláusulas:

4. **En los contratos de créditos y préstamos hipotecarios**, se consideran abusivas las siguientes cláusulas:

a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato.

b) Las que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características:

1.º Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida.

2.º Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50 % del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1 %, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50 % no se aplica.

3.º Que la diferencia entre el límite fijado en el contrato para la subida y la bajada de los tipos de interés sea superior a 5 puntos.

En cuanto a la letra a). El art. 114.3 LH establece: «*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la **adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda**, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero*». En cambio, en Cataluña, el art. 251-6, colocado dentro de las disposiciones generales respecto a las obligaciones en la prestación de servicios por el empresario o profesional, **no se limita a la vivienda habitual**, sino que se refiere en general, como su enunciado indica, a todos «*los contratos de créditos y préstamos hipotecarios*», y, por tanto, no solo a los de la vivienda, sino a cualquier inmueble hipotecable. No olvidemos que se trata de una disposición general referida a las obligaciones que debe cumplir el empresario en la prestación de sus servicios, como indica el enunciado del Título V del Libro II, «Requisitos de las relaciones de consumo», y esta disposición general no se limita



ni a la vivienda, ni a la vivienda habitual, que cuando así lo quiere el legislador, así lo dice, y, por otra parte, si en este punto todavía alguien duda, hay que recordar la aplicación del **principio pro consumatore**, especialmente reconocido en el art. 51 CE, el cual se desarrolla en toda la legislación de consumo y que, básicamente, quiere decir que el ordenamiento jurídico siempre ha de interpretarse de la forma más favorable para el consumidor.

En cuanto a la letra b). Considera abusivos tres supuestos de cláusulas suelo, pero deja sin solucionar el problema del diferencial. Actualmente, las entidades conceden préstamos y créditos hipotecarios a un tipo de interés variable que se sitúa en el Euribor más un diferencial que oscila, de promedio, entre 2 y 3 puntos, debido a que este índice de referencia está en mínimos históricos. Ello supone un importante riesgo de futuro, si el Euribor se reactiva, ya que la vida del préstamo suele estar entre los 20 y los 30 años, y este diferencial, añadido al índice de referencia, actúa como una verdadera cláusula suelo que puede llevar a pagar en el futuro una cuota hoy impensable.

Dación en pago. Aquí cabe recordar el art. 333-10.2, sobre medidas complementarias en cláusulas y prácticas abusivas y desleales, según el cual: «*En el supuesto de créditos y préstamos hipotecarios, el órgano al que corresponde resolver el expediente puede acordar la dación en pago u otras medidas complementarias, siempre y cuando exista una relación directa entre la cláusula o la práctica abusiva o desleal y la medida adoptada*».

A pesar de su compleja regulación, el Derecho de Consumo establece un principio meridianamente claro que constituye su razón de ser: la protección del consumidor. En caso de duda, habrá que aplicar el principio *pro consumatore*

B) Se crea el art. 251-8, que, en definitiva, quiere que se acredite el destino de la **refinanciación de créditos y deudas**, obligando al cumplimiento de unos requisitos de prueba para evitar simulaciones, es decir, que el dinero se destine, total o parcialmente, a otros fines distintos:

Artículo 251-8. Refinanciación de créditos y deudas

En el caso de operaciones de refinanciación de créditos o deudas, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. *Se deben justificar y documentar los créditos anteriores o preferentes que son objeto de refinanciación.*

2. *Se debe documentar de modo fehaciente la cancelación total o parcial de los créditos refinanciados con carácter previo o simultáneo a la firma del contrato de refinanciación.*

3. **El comprobante de la entrega o el pago real de las cantidades objeto de la operación de refinanciación debe constar en los documentos contractuales, públicos y privados, relativos al crédito o préstamo.**

Conclusión. A pesar de la compleja regulación que el legislador hace del Derecho de Consumo, lo cierto es que establece un principio meridianamente claro que constituye su razón de ser: la protección del consumidor. No busquemos más, no hay más, y en caso de duda, habrá que aplicar el principio *pro consumatore*.



«Con la nueva demarcación notarial, hemos priorizado el servicio público a los ciudadanos»

Santiago Ballester Muñoz

Director General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Con motivo de la nueva demarcación, entrevistamos a los principales responsables de la Administración catalana y española que han hecho posible una revisión histórica

Santiago Ballester Muñoz (1959) es el artífice, por parte de la Administración catalana, de la nueva demarcación notarial. Licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona, ha sido Letrado del Servicio Jurídico del Estado y ha ejercido la abogacía en el Bufete Cuatrecasas de Barcelona y como socio fundador y Director del Bufete Arraut, Manzano, Ballester. También ha sido Profesor y Jefe del Área Tributaria de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Girona, Árbitro del Tribunal Arbitral de Girona y miembro de la Comisión de Energía de la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

Desde enero de 2011, es el Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya.



P: Nos acercamos al final de la actual legislatura. ¿Cuáles son los principales logros alcanzados desde la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas?

R: Por un lado, destacaría la Comisión de Codificación, en la que hemos conseguido desarrollar el Libro V —del que, en estos momentos, tenemos abierta una modificación puntual sobre propiedad temporal—; también el Libro VI, sobre las obligaciones y contratos, y la Ley de Armonización. Con esto conseguiremos completar el Código Civil de Cataluña. Y esto es, para nosotros, un hito muy importante. En materia de fundaciones, hemos dinamizado el mundo fundacional, ya que hemos modificado toda la normativa para dar más agilidad a la actividad de las fundaciones a través de las declaraciones responsables, y hemos conseguido también otro aspecto muy importante, que era responsabilizar a los patrones. Por otro lado, hemos reactivado la actividad de las academias y les hemos ofrecido un gran soporte, con la creación de la Academia de la Lengua Aranesa y la Academia de Gastronomía. En el mundo de los colegios profesionales, hemos sido un catalizador de la actividad y la defensa del modelo colegial catalán con respecto al ataque que suponía la normativa sobre servicios y colegios profesionales que se estaba intentando desarrollar desde el Gobierno central. Hemos conseguido una cohesión muy importante entre todos los colegios y consejos de colegios profesionales catalanes, y estamos muy satisfechos. Y, con respecto a la mediación, hemos hecho un gran esfuerzo y hemos logrado que este sea un tema preferente de discusión o de planteamiento, que se hable en ámbitos tan importantes como la Judicatura, las cámaras de comercio o los colegios profesionales, y hemos puesto en marcha un plan especial para desarrollarla y para hacer cosas puntuales, como por ejemplo la creación del Día de la Mediación en el ámbito de Cataluña. De hecho, hemos desarrollado el Plan Nacional de Impulso de la Mediación.

P: ¿Qué proyectos están pendientes de finalizar a corto plazo? ¿Cuáles son los retos pendientes?

R: Quedan pocas cosas pendientes de hacer: el Tribunal Arbitral de Cataluña, en el que estamos trabajando, y ver aprobado definitivamente el Código Civil de Cataluña. La verdad es que el hecho de

que las elecciones se anunciaran con tanta antelación nos ha permitido agilizar muchos proyectos que teníamos en marcha, de forma que los hemos acelerado todos para poder concluirlos. Con respecto al Libro VI, solo falta que el Parlamento lo apruebe, pero ya hemos hecho todo el trabajo. Con respecto al tema de las fundaciones, creo que se tiene que lograr una simplificación de la burocracia con la que se topan las fundaciones y las asociaciones que interactúan con la Generalitat. Hemos puesto en marcha —y se tiene que acabar de ampliar a otros ámbitos— que las fundaciones solo tengan que presentar su contabilidad una vez a la Generalitat, de manera que, si después piden una subvención o una ayuda a otro departamento, no tengan que volver a presentar ningún tipo de documentación, como venía sucediendo hasta la fecha. Esto lo querríamos ampliar a todo el ámbito de las fundaciones, las asociaciones y otras entidades, para que de una vez por todas se consiga más agilidad y más facilidad en la tramitación de todos los procedimientos.

Lograr completar el Código Civil de Cataluña es un hito muy importante

P: Entre los retos alcanzados, la revisión de la demarcación notarial ha sido uno de los temas que ha centrado gran parte del trabajo hecho por esta Dirección General. ¿Cómo valora la nueva demarcación?

R: La valoro positivamente, y soy uno de los responsables que así sea. En primer lugar, porque es una demarcación sobre la que hay consenso: por parte de la Generalitat, de los propios notarios, del Colegio de Notarios de Cataluña y de la Dirección General de los Registros y del Notariado de Madrid. Conseguir que todos los que somos responsables de este tema estemos de acuerdo es muy significativo.

P: ¿Cómo valora, en este sentido, la coordinación con la Dirección General de los Registros y del Notariado?

R: Con la Dirección General, tanto con la anterior como con la actual, siempre hemos tenido unas muy buenas relaciones personales, lo que siempre ha ayudado a superar aquellos escollos que, como conse-

cuencia de la situación política que se vivía, se han tenido que salvar. En el ámbito técnico, siempre hemos acabado por coincidir en nuestros planteamientos, y las dificultades políticas que han surgido las hemos ido superando con tiempo y paciencia.

Valoro muy positivamente la nueva demarcación porque se ha alcanzado entre la Generalitat, el Colegio Notarial de Cataluña y la Dirección General de los Registros y del Notariado

P: En este caso, la revisión ha supuesto, por primera vez, exclusivamente la supresión de notarías (66, concretamente, en Cataluña). ¿Cómo valora este dato?

R: Nosotros, como es lógico, lo que hemos priorizado al hacer la demarcación, aunque pueda parecer contradictorio, es el servicio público que se tiene que dispensar a los ciudadanos. Por lo tanto, si como consecuencia de esto teníamos que suprimir notarías, no hemos tenido ningún problema en hacerlo. Y lo hemos tenido que hacer porque la demarcación del año 2007 se hizo con planteamientos y estudios de los años 2003 y 2005 y, por tanto, estaba totalmente desfasada respecto a la realidad de lo que es hoy en día la actividad económica. Lo único que podía generar esto era que existieran notarías que pudieran prestar un mal servicio, y que estas dificultades se hubieran de compensar con un gran esfuerzo por parte de los notarios para conseguir mantener la calidad del servicio que se daba a los ciudadanos. Lo que hemos hecho es suprimir notarías que no comportaban, en ningún caso, que este servicio se viera mermado, porque no hemos suprimido ninguna Notaría de aquellas poblaciones donde había una Notaría abierta, y únicamente hemos suprimido donde realmente sobraban. También hemos intentado volver a una visión de la carrera profesional de los notarios que se había perdido un poco con las demarcaciones que se habían hecho, de manera que hemos intentado conseguir que los notarios lleguen a las capitales de provincia con una carrera profesional ya hecha, y que a las notarías de primera, como creemos que es lógico, lleguen los notarios con una cierta experiencia.



Entrevista



P: Con respecto a la Ley de Consumo de Cataluña, para la protección de los consumidores en materia de créditos y préstamos inmobiliarios, ¿qué destacaría? ¿Qué papel ha desarrollado el Notario en este ámbito?

R: No es competencia de Justicia, pero vivimos y pusimos de manifiesto en su momento la importancia que tenía la figura del Notario con respecto a la protección de los consumidores y de los usuarios y, por tanto, fuimos uno de los departamentos que instaron al Departamento de Empresa y Ocupación, que es el competente en materia de consumo, a que reforzara esta figura en beneficio de los consumidores y usuarios en la nueva normativa que se estaba redactando. De hecho, nosotros redactamos algunos de los artículos que se planteaban en esta Ley, dada la buena relación existente con diferentes departamentos.

P: En cuanto al Código Civil de Cataluña, ¿cómo valora todo el proceso transcurrido y cuándo cree que entrará en vigor?

R: El Código Civil de Cataluña es muy importante. Cataluña tiene dos hechos diferenciales muy claros: la lengua y el Derecho Civil. Por tanto, es una gran satisfacción haber contribuido a finalizar la elaboración de un Código Civil catalán, aunque se debe matizar que es un código abierto y que se tendrá que continuar completando. No obstante, hemos conseguido tener todos los libros del Código Civil y, por tanto, un código completo que regula todas las relaciones de Derecho Civil de los ciudadanos de Cataluña. Me gustaría volver a poner de manifiesto el agradecimiento a la Generalitat de Catalunya por la colaboración que han ofrecido y ofrecen a los notarios en la redacción de las normas civiles del Código.

Realmente estamos muy agradecidos por la colaboración que siempre ha tenido el Colegio Notarial de Cataluña y, especialmente, la que está teniendo actualmente el Colegio con respecto a la elaboración y la divulgación del Derecho Civil catalán, que es una de las tareas que tenemos más interés en desarrollar. El Presidente de la Comisión de Codificación es un Notario, el Decano del Colegio, y en todas las secciones tenemos notarios, así como en el Pleno de la Comisión de Codificación y en el Observatorio, que es el órgano superior consultivo.

En los diferentes estadios que se aplican a la norma para su elaboración hemos tenido la colaboración directa de los notarios de Cataluña, y también en la divulgación de este Derecho Civil, en la que el Colegio lleva a cabo numerosas iniciativas de difusión y divulgación.

En la elaboración de la Ley del Consumo de Cataluña pusimos de manifiesto la importancia de la figura del Notario para la protección de los consumidores y usuarios

P: Recientemente se puso en marcha, entre el Departamento de Justicia y el Colegio Notarial de Cataluña, un sistema de interoperatividad que permite la consulta mutua de los datos del Registro de Asociaciones y Fundaciones y de las escrituras vinculadas con las fundaciones por vía electrónica. ¿Cómo valora esta colaboración?

R: Este es un proyecto muy importante y estamos muy satisfechos de que se haya podido acabar antes de la legislatura, porque encaja con la idea de intentar simplificar las tareas burocráticas y administrativas de las fundaciones. Permite, a través de los notarios, simplificar el trabajo de los ciudadanos y el nuestro, porque podemos pasar la escritura directamente al Registro. Al mismo tiempo, nos facilita información de las operaciones que hacen las fundaciones en las notarías. Con esta información, podemos tener un mejor control de las fundaciones. Esto, cuando se inició el proyecto, era como un sueño para nosotros, pero lo hemos conseguido con la colaboración de los notarios y les estamos muy agradecidos. Es un proyecto de los notarios, pero permanece abierto



a otros colectivos, que podrán acceder más adelante a este mismo servicio.

Estamos muy agradecidos por la colaboración de los notarios para simplificar las tareas burocráticas y administrativas de las fundaciones

P: ¿Qué destacaría fundamentalmente con respecto a la Ley del Protectorado y de la Transparencia?

R: La Ley del Protectorado tiene dos partes: la de la Transparencia y la de facilitar los instrumentos para que se pueda hacer un mejor control de las fundaciones. Esta segunda parte de la ley es consecuencia directa de esta agilidad que dan a las fundaciones, con la modificación del libro III del Código Civil y la instauración de la declaración responsable. Cuando accedí a la responsabilidad de la Dirección General, una fundación, para poder vender un inmueble, por ejemplo, tenía que pedir autorización a la Dirección General y, a veces, tardaba bastante tiempo, porque no se presentaba de entrada toda la documentación, se volvía a pedir... y había operaciones que se frustraban. Ahora el responsable de estas operaciones no es el funcionario que las autorizaba, sino el patrón. Por tanto, el patrón tiene que hacer una declaración responsable y ha de manifestar que está de acuerdo y que esta operación es beneficiosa para la fundación y, a partir de aquí, nosotros ya comprobamos. Nuestro trabajo es más pesado, porque tenemos que hacer la inspección y la comprobación, pero al mismo tiempo hemos conseguido agilizar el mundo fundacional.

La otra parte de la ley es la que hace referencia a la transparencia de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública, que se ve reforzada con la Ley de Transparencia que se aprobó el mismo día. De hecho, la Ley del Protectorado afecta a aquellas asociaciones de utilidad pública y asociaciones en general que, además, reciben subvenciones por parte de la Administración. La transparencia no es un control por parte de la Administración, sino una herramienta para que los ciudadanos puedan conocer cómo funcionan las administraciones y qué decisiones toman.

P: Con respecto a la resolución alternativa de conflictos, ¿en qué punto

se encuentra el Tribunal Arbitral de Cataluña? ¿Qué papel tienen que desarrollar los notarios en este ámbito?

R: Nos encontramos en la fase final. Hemos de acabar de cerrarlo, y lo haremos en breve. Será una semilla, una especie de entidad privada de la que nosotros no formaremos parte, pero que promoveremos. La promoveremos para que las mismas entidades fundadoras —como el Colegio Notarial de Cataluña, la Cámara de Comercio y el Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña— confluyan para la creación de este tribunal. Estas entidades serán el núcleo fuerte de este Tribunal, y se irán añadiendo todos aquellos otros tribunales arbitrales de Cataluña que tengan interés. Será un paraguas que dará cobijo a todos los tribunales de Cataluña.

El Tribunal Arbitral de Cataluña será un paraguas que dará cobijo a todos los tribunales de toda Cataluña

P: ¿Cuáles son las principales medidas previstas en el Plan Nacional de Impulso de la Mediación?

R: Es un plan de dos años para realizar toda una serie de medidas y actividades de fomento de la mediación. Más

que intentar hacer muchas mediaciones, tendrá que servir para darla a conocer. Nos hemos puesto el objetivo de doblar las mediaciones que hemos hecho hasta ahora, pero lo más importante es el trabajo de divulgación que queremos conseguir con este plan. De esta forma, se ha creado el Consejo de Mediación de Cataluña, que es un órgano consultivo de la Administración con el que se quiere reactivar y hacer que la sociedad civil —forman parte muchos colegios profesionales y personalidades de reconocido prestigio en el mundo de la mediación— reactive la mediación al margen de lo que es propiamente el Centro de Mediación de Cataluña, al margen de lo que es la actividad de la propia Administración. Fruto de este plan, también se ha puesto en marcha un plan piloto que supondrá derivaciones de mediaciones por parte de los tribunales con la figura del coordinador parental. En este sentido, los notarios, pueden aportar mucho en conflictos económicos que prestigiarán la actividad de la mediación.

P: Recientemente, desde la Conselleria, se ha manifestado la intención de editar un Libro Blanco de la Justicia antes de finalizar el año. ¿En qué consistirá y cuál será su finalidad?

R: Este tema es competencia de la Secretaría de Justicia, pero, como todo





Entrevista

libro blanco, tiene el objetivo de determinar cuáles son los aspectos que no funcionan y cuáles son las soluciones para conseguir que funcionen. Pretende, por tanto, analizar aquellos aspectos de la Justicia en Cataluña que pueden funcionar de forma más adecuada y las herramientas necesarias para conseguir este objetivo.

P: En este sentido, ¿cree necesaria la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial? ¿Y un Consejo de Justicia de Cataluña?

R: Necesitamos un Consejo de Justicia de Cataluña y el paso previo es una modificación de la Ley Orgánica. Otros estatutos también lo recogen, como el de Andalucía, que lo tiene, y antes o después, lo tendremos.

P: Con respecto a la Ley de Colegios y Servicios Profesionales, ¿cómo valora que finalmente el actual Gobierno haya parado el anteproyecto?

R: Este tema ha tenido dos aspectos muy positivos: de entrada, el éxito

de la movilización que tuvo lugar en Cataluña y por toda España, la cual ha parado esta norma; en segundo lugar, por el reconocimiento que ha supuesto a la labor de los colegios profesionales. Los mismos colegios se ha dado cuenta de la importancia que tienen para la sociedad civil catalana, se han revalorizado, y se ha puesto de manifiesto que no solo tienen un peso, sino también una responsabilidad. En la Ley de Colegios Profesionales catalana de 2007 conseguimos que los colegios no solo fueran unas entidades que actuaban en defensa de sus profesionales, sino que también se hiciera evidente que eran entidades que tenían que actuar en defensa de los consumidores y usuarios controlando la actividad de sus profesionales. Y este es un valor muy importante para la sociedad catalana. Y los colegios se han dado cuenta de esta responsabilidad que tienen y la han puesto de manifiesto a consecuencia del movimiento que ha habido de oposición a esta normativa. Ellos se han movilizado y nosotros nos sentimos orgullosos de haber sido un poco los catalizadores de todo este movimiento.



P: ¿Cómo valora el sistema y el nivel de seguridad jurídica preventiva en nuestro país?

R: Lo valoro muy positivamente, creo que el sistema funciona muy bien. Por lo tanto, las cosas que funcionan bien no se tienen que cambiar, sino mantenerse. Creo que el grado de seguridad jurídica que tienen nuestros conciudadanos cuando realizan operaciones mercantiles y civiles es muy elevado, y en esta labor es una pieza esencial la actividad notarial.

Los colegios se han dado cuenta de la importancia que tienen para la sociedad civil catalana y del hecho que no solo tienen un peso, sino también una responsabilidad

P: ¿Cómo podemos trasladarle claramente al ciudadano la percepción de esta seguridad jurídica preventiva?

R: La gente la percibe por el prestigio que tienen de los mismos notarios. Hay un «pero» muy pequeño a todo esto, y se incluye entre mis competencias, que son los recursos que se ponen, en materia de Derecho Civil catalán, contra las denegaciones de inscripción de los registradores de la propiedad. A veces hay confrontaciones entre notarios y registradores que no deberían existir, ya que creo que los criterios de unos y de otros deberían coincidir.

P: ¿Quiere enviar un mensaje a los notarios de Cataluña?

R: Les diría que continúen haciendo el trabajo que hacen, y que se den cuenta y sean conscientes en todo momento de la importancia de su función.



«La nueva demarcación se ha hecho en plena armonía con la Generalitat»

Francisco Javier Gómez Gállico

Director General de los Registros y del Notariado

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Pedro Sánchez Muñoz

Francisco Javier Gómez Gállico (1960) es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid e ingresó en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad en 1984. Ha sido Registrador de la Propiedad y Mercantil en Rivadavia (Orense), Caspe (Zaragoza), Tarragona n.º 3, Barcelona Mercantil XV, Santa María de Guía (Las Palmas de Gran Canaria) y Las Palmas n.º 5. También ha sido Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado desde 1998, y Notario en excedencia desde 2009. Desde el año 2000, es Vocal de la Comisión General de Codificación, ha sido miembro de varios tribunales de oposiciones, ha dirigido el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña (1994-1998) y ha sido titular de la Oficina Tributaria Gran Canaria Norte (2008-2011), entre otros. Autor de seis libros, ha colaborado en diversas obras colectivas.

Desde octubre de 2014 es Director General de los Registros y del Notariado.



Entrevista



P: Antes de asumir la Dirección General, ha ejercido como Registrador (desde 1984) y es también Notario en excedencia. ¿Qué le llevó a opositar a ambas y a ejercer como Registrador?

R: Empecé opositando a notarías. Estudié en la Academia Matritense del Notariado y mis preparadores fueron dos notarios de los que tengo un grato recuerdo: José María Olivares James y Luis Felipe Rivas, ambos de gran formación jurídica y humana. No pude firmar esas notarías porque no tenía 23 años (en aquel momento, la edad exigible). Entonces me presenté a registros, aprobé y, posteriormente, quise seguir con la línea de Letrado de la Dirección General, así que me presenté al concurso-oposición que se celebró en 1998. Como es sabido, los letrados de la Dirección General, transcurridos cinco años, tienen la doble condición de Notario y de Registrador. Por ello tengo esta doble condición (en este momento, en excedencia como Director General). Pero guardo la reserva de plaza también como Letrado de la Dirección General. Es decir, en teoría, en cualquier momento podría volver al despacho de al lado, más pequeño que este pero con menos papeles, que también tiene su comodidad.

P: Ha transcurrido ya más de medio año desde que asumió la Dirección

General de los Registros y del Notariado. ¿Cómo valora estos primeros meses?

R: Es un cargo de una gran responsabilidad, pero que da una gran satisfacción personal, porque estás dirigiendo un colectivo, el de notarios y registradores, que es de máxima preparación jurídica. Creo que es uno de los centros directivos de mayor prestigio y, en este sentido, tengo una plena satisfacción personal. Por otra parte, es una Dirección General que genera mucho trabajo (a mi juicio, más que cualquier órgano administrativo medio) no solo porque tiene dos grandes materias (y, por tanto, dos grandes subdirecciones, como son notarios y registradores y nacionalidad y estado civil), sino que, además del trabajo en sí del Centro Directivo, llevamos el impulso legislativo en proyectos de ley que son materia de Derecho Privado.

En este sentido, he coordinado el Proyecto de Ley de Sefardíes, el de Jurisdicción Voluntaria y el de Coordinación Catastro-Registro, por ejemplo, todos ellos con incidencia en el ámbito notarial. También el Proyecto de Ley del Registro Civil, que ahora ha quedado más circunscrito, más limitado, porque no se afronta el Registro Civil, pero sí se adoptan medidas importantes de reforma de la Administración, entre las cuales está la regulación de las subastas notariales voluntarias sin necesidad de ejecución de una garantía. Así, quien quiera podrá acudir a una subasta de un bien mueble o inmueble ante

un Notario para obtener la mayor garantía de fijación objetiva de un precio, lo cual creo que va a ser muy importante para el Notario. De modo que todos los proyectos de ley en materia notarial y registral pasan por este Centro Directivo, y eso hace que valore estos primeros meses como meses de mucho trabajo.

P: ¿Cuáles son los principales retos y los principales objetivos cumplidos?

R: El principal reto es impulsar y mejorar el sistema de seguridad jurídica preventiva. Y creo que las decisiones que se han tomado en materia de seguridad jurídica preventiva son muchas. Por ejemplo, el tema de la coordinación con el Catastro, todos los expedientes de dominio de inmatriculación y expedientes de renovación del tracto (que anteriormente eran judiciales y ahora pasan a ser notariales), excesos de cabida, deslindes, etc. En materia de jurisdicción voluntaria, y centrándonos en el Notario, se le han atribuido muchas competencias; la de la nacionalidad de sefardíes va a impulsar la presencia notarial en un tema muy bonito de reconocimiento de la nacionalidad a descendientes de los sefardíes expulsados en el siglo XV y va a reforzar el protagonismo del Notariado.

En la nueva demarcación hemos buscado una mayor reducción en las zonas urbanas sin perjuicio del servicio notarial

Uno de los objetivos es no solo atribuir funciones o mejorar la función, sino que la propia Administración se beneficie del papel del Notario, de esa seguridad jurídica preventiva. Y, en este sentido, queremos utilizar las plataformas electrónicas que pone a nuestra disposición el Consejo General del Notariado, por ejemplo, en materia de sefardíes o de portales de subastas del BOE. No se trata solo de reforzar la función notarial en beneficio del Notariado, sino, sobre todo, de reforzar la seguridad jurídica preventiva en beneficio de la sociedad y de la propia Administración, que sinceramente necesita de ellos, notarios y registradores, en la medida en que funcionan con gran eficiencia y autonomía, y cuentan con una gran preparación jurídica. Para mí es un orgullo poder regular



esta materia, porque de las normativas que estamos adoptando creo que van a salir grandes beneficios para la sociedad.

Otro de los grandes retos de la Justicia en general es que se utilicen las nuevas tecnologías. No me gusta que estas sean un fin en sí, sino que deben ser un instrumento auxiliar. No pueden ni deben sustituir al Notario, pero se deben utilizar cada vez métodos más rápidos y eficientes en la consecución de estos objetivos. En este sentido, se ha aprobado un Real Decreto de estatutos tipo en materia de presentación de escrituras de forma electrónica, que va a estandarizar la presentación de las escrituras cuando se presentan telemáticamente en el Registro Mercantil. La legalización de libros societarios *online* también ha sido una de esas líneas en relación con el impulso de las nuevas tecnologías.

P: ¿Estas medidas se implantarán a corto plazo?

R: Todas, si no implantadas ya, están en vías de serlo en breve. Me refiero al tema de los sefardíes, la coordinación con el Catastro, la jurisdicción voluntaria o el procedimiento de reclamación de deudas ante Notario, mal llamado *monitorio notarial*, que también está en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y son leyes aprobadas y en el BOE. Son objetivos cumplidos.

Hay algunos retos que no se pueden llevar a cabo en su totalidad, como el proyecto del Registro Civil, que ha quedado sin desarrollo, pero lo hemos reconducido y hemos centrado la discusión del tema, buscando el mayor consenso posible. En ese sentido, sí se han hecho cosas, pero es un proyecto que a mí me gustaría que se hubiera desarrollado más. Ahora, en nacionalidad por residencia, trabajo en una plataforma electrónica basada en la ya existente en materia de extranjería, de la Administración General del Estado.

P: La revisión de la demarcación, en el caso de la notarial, recientemente resuelta, ¿cómo la valora?

R: Uno de los primeros objetivos ya cumplidos que llevé a cabo como Director General fue culminar la demarcación notarial. Una de las finalidades fundamentales del Real Decreto es acomodar el

número de notarías existentes en España a la situación económica actual, en que el número de transacciones se ha reducido muchísimo desde el año 2008 hasta ahora. La Administración, en este caso, ha ido con un poco de retraso en adaptar esa demarcación a la realidad. Así, se han suprimido 339 notarías (lo que supone una acomodación de la plantilla notarial reduciendo un 10 % la planta notarial), de las cuales 145 ya han sido amortizadas efectivamente por no estar cubiertas. Todo ello con criterios sociales como que las notarías rurales no se vieran perjudicadas y buscando una mayor reducción en las zonas urbanas donde se podía hacer más efectiva dicha demarcación sin perjuicio del servicio notarial. En definitiva, se ha buscado una mayor eficiencia.

P: ¿Cómo valora el caso de Cataluña, en que la competencia se ejerce coordinadamente con la Consejería de Justicia de la Generalitat?

R: Tras recoger los informes de la Generalitat y de las propias poblaciones afectadas, manteniendo el principio de libre competencia notarial y de mejora de prestación del servicio, hemos hecho todo el proceso en armonía plena con la Generalitat. Lo cierto es que siempre ha habido muy buena relación entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas. Aunque hubo alguna discrepancia en la tramitación en alguno de los puntos, que ellos consideraban de su competencia y el Estado no, al final se llegó a un punto de

equilibrio, el que determinó el Consejo de Estado, en cuanto a que es el Estado el que fija el número de notarías a nivel nacional, incluida Cataluña, y luego la determinación de los distritos o su ubicación es competencia de la Generalitat. De modo que primero salió el Decreto estatal y, a continuación, el de la Generalitat.

Fuimos de la mano y no hubo ninguna conflictividad fuera de lo que es la propia tramitación y la discusión ordinaria en la tramitación de un proyecto para llegar a un acuerdo. En este sentido, la coordinación, en cuanto a la demarcación notarial, la valoro muy positivamente. No tanto la que se ha producido en la demarcación registral, porque la Generalitat se ha adelantado sacándola unilateralmente y no ha esperado a que el Estado fijara los criterios generales. De modo que se ha impugnado por el Consejo de Ministros y el Consejo de Estado ha determinado que procede la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional para clarificar las competencias.

P: En cuanto al acceso a la profesión (precisamente en estos momentos se está celebrando la oposición a Notario en Barcelona), ¿cree que cabe introducir algún cambio en el modelo actual?

R: Lo cierto es que el hecho de que la oposición se celebre en Barcelona fue decisión de la Dirección General, así como la composición de los tribunales, confeccionada en plena sintonía y coordinación con Joan Carles Ollé, Decano de Cataluña. Además, también





Entrevista

decidimos que el sorteo fuera en Barcelona y me desplazé allí, en un gesto de deferencia a Cataluña por su concepto de nacionalidad histórica y, por tanto, por la existencia de toda una realidad especial. Tenemos una muy buena relación con Cataluña.

Nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva es muy bueno para el desarrollo económico y el mercado de garantías

En cuanto a posibles cambios en la oposición, tenemos constituida una Comisión que pronto entregará sus resultados, de la que forman parte tanto el Consejo General del Notariado como el Colegio de Registradores, para el acercamiento de los programas de las oposiciones de notarías y

registros. Su finalidad es favorecer al propio opositor que pueda pasar de una oposición a otra y, si cabe, en el futuro, facilitar un acceso común. Yo siempre he dicho que debemos buscar el acercamiento entre las dos profesiones, el Notario y el Registrador, ya que ambas son complementarias y realizan una única función de seguridad jurídica preventiva.

P: ¿Contempla la posibilidad de la fusión entre notarios y registradores?

R: Su formación jurídica es muy parecida, pero creo que la fusión de funciones sería perjudicial para ambas profesiones. Otra cosa es estudiar el acceso común, que no se debería descartar. Yo creo que la fusión de la función en sí, unida a la libre elección (que tarde o temprano se tendría que imponer), rebajaría el nivel

de exigencia o de control de legalidad que prestan ambas profesiones. Pero sí creo que hay que flexibilizar y modernizar el ejercicio conjunto de esa función, evitando los conflictos clásicos que existen entre ambas profesiones, y acometer proyectos de forma conjunta.

P: ¿Y cómo ve la actual relación entre notarios y registradores?

R: A nivel particular, creo que la relación es buenísima siempre. En cualquier destino, la relación entre notarios y registradores siempre ha sido muy buena. Pero, como en las relaciones entre hermanos, se puede ser hermano y, al mismo tiempo, pelearse por el mismo juguete, y eso es lo que pasa muchas veces, desde un punto de vista institucional. Ha habido materias que se han considerado competencia de uno y otro cuerpo, y yo creo que si se asumiera desde una filosofía conjunta, se podrían superar esas discrepancias. Es decir, desde un punto de vista personal, notarios y registradores se llevan muy bien, pero institucionalmente, a veces, ha habido conflictos precisamente porque ambas corporaciones han perseguido los mismos objetivos. Es que, en el fondo, los dos buscan lo mismo, que es la seguridad del tráfico, la rapidez, el control de legalidad y, por tanto, la seguridad en las transacciones inmobiliarias y mercantiles, y eso hace que se produzca dicho roce. Pero muchas veces es incluso positivo, porque se ha ido mejorando el sistema; esa competitividad en la consecución de un objetivo común ha ido mejorando el entorno en su conjunto.

Debemos buscar un acercamiento entre el Notario y el Registrador, ya que ambos realizan una única función de seguridad jurídica preventiva

P: ¿Cómo valora la función de los notarios en nuestro país? ¿Y el nivel de seguridad jurídica preventiva? ¿Cree que el actual sistema, basado en el binomio Notario-Registrador, es mejorable?

R: Creo que el nivel del sistema de seguridad jurídica en España es de los mejores del mundo en cuanto a la relación calidad-precio. Por ejemplo, quien compra





un inmueble en Estados Unidos, aparte de que los costes de transacción son descomunales porque interviene un despacho de abogados (no hay un Notario, en el sentido continental, ni un Registrador), al mismo tiempo tiene que concertar un seguro de títulos que le garantiza la propiedad del inmueble, y un seguro que le garantiza los riesgos frente a la evicción: que el que te lo está vendiendo es el verdadero propietario. Eso en España no existe porque hay intervención notarial y registral y, por tanto, no hay riesgo de que alguien venda sin ser propietario o con cargas inexistentes, como sí sucede en Estados Unidos porque no existe una figura semejante. Por ello se debe concertar un seguro anual con una entidad financiera.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria aumenta mucho las competencias notariales tanto en el ámbito familiar como contractual, sucesorio y mercantil

Nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva evita el de seguro de títulos que existe en gran parte del mundo y, por tanto, es un sistema en que, cuando alguien contrata, tiene la seguridad de que no lo va a perder por cuestiones jurídicas. Por tanto, la seguridad en el ámbito inmobiliario, desde el punto de vista jurídico, es máxima, y lo mismo ocurre en el ámbito mercantil y societario.

La transparencia que ofrece nuestro sistema es muy buena para el sistema económico. No solo es bueno desde la perspectiva de la seguridad del tráfico, sino que también es un sistema de seguridad muy bueno para el desarrollo económico del mercado en general, del mercado de garantías. Y eso, incluso en una situación como la actual, económicamente mala, ha hecho posible que el sistema de seguridad jurídica preventiva haya permitido, por lo menos, que no hayamos vivido una crisis hipotecaria como la de Estados Unidos, al tener un sistema de seguridad jurídica mucho más completo.

Yo valoro muy positivamente el sistema actual, basado en la figura del Notario y del Registrador, aunque, insisto, habría que modernizarlo, adaptarlo, flexibilizarlo en cuanto a la consecución de esos objetivos de seguridad jurídica preventiva, pero den-

tro de la rapidez, de las nuevas tecnologías y de la evitación de fricción entre ambas profesiones.

P: ¿Cree que el ciudadano percibe claramente esta seguridad jurídica preventiva?

R: Creo que los operadores jurídicos y la sociedad valoran como máximo el sistema de seguridad jurídica preventiva. En particular, la intervención del Notario es muy valorada, y no solo por la sociedad, sino también por las Administraciones Públicas. Es cierto que las cosas las valoras más cuando las pierdes, es decir, si no tuviéramos un sistema que garantizara la rapidez en la determinación de las titularidades, valoraríamos más el sistema. Pero espero que no se pierda ni se reduzca. Esta rapidez en la toma de decisiones que permite el sistema, sabiendo que hay una fehaciencia, una adecuación al ordenamiento jurídico, una rapidez en la inscripción y la publicidad de esos derechos, que no tienes que buscar información añadida, ni investigar la cadena de títulos anteriores, ni averiguar si quien te vende es el propietario, porque ya te lo está depurando el propio sistema y lo analiza el Notario en coordinación con el Registro... es algo fundamental. Y creo que la gente lo sabe tanto en un entorno urbano como rural, donde la importancia de la Notaría es fundamental.

P: Otro de los grandes retos es la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que prevé nuevas atribuciones para distintos operadores jurídicos, entre ellos, los notarios. ¿Cuáles destacaría y cómo valora las nuevas atribuciones al Notariado?

R: En materia de jurisdicción voluntaria, la ley precisamente, se acaba de aprobar ahora. Esta ley atribuye numerosas funciones a los notarios, pero no se trata de que eso refuerce la función, sino de que descargue a los juzgados; por tanto, es algo bueno para la sociedad.

En cuanto a los notarios, podríamos citar el tema del expediente matrimonial (que se va a retrasar hasta julio de 2017, como se ha retrasado todo el Registro Civil), como la celebración de matrimonios, por ejemplo, que es de aplicación inmediata. También entrarán en vigor inmediatamente la separación de mutuo acuerdo, el divorcio, la modificación del convenio regulador y una

multiplicidad de expedientes en materia de Derecho de Sucesiones, algunos de ellos compartidos con los secretarios judiciales. Como competencias exclusivas podemos citar, en materia de familia, el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial y, en cuanto a competencias compartidas con los secretarios judiciales, el expediente matrimonial y las bodas, o las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo sin hijos.

En materia sucesoria, sería exclusiva de notarios la declaración de herederos abintestato ya sin límite de llamamientos, es decir, también en el caso de colaterales hasta cuarto grado, el límite máximo previsto en la ley. También es exclusiva la adverbación, apertura y protocolización de testamentos (hológrafos, cerrados, etc.). Y compartidas con los secretarios judiciales, en materia sucesoria, por ejemplo, están la renuncia del albacea o prórroga del plazo del albaceado, y en Derecho de Obligaciones, se atribuye a los notarios en exclusiva el ofrecimiento de pago, y se comparte con los secretarios judiciales la consignación y subastas voluntarias, aparte de que se les atribuye en exclusiva, también en el ámbito del Catastro, el deslinde de fincas, los expedientes de dominio y de inmatriculación, y el expediente de dominio de reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Hay otras muchas en materia mercantil, depósitos en venta de bienes depositados, nombramiento de peritos en consejos de seguros, etc. También se atribuye a los notarios todo el tema de la reclamación extrajudicial de deudas.

El proyecto del Registro Civil se ha pospuesto dos años con la finalidad de llegar a un acuerdo con todos los sectores afectados

No se trata ahora de ser exhaustivo, pero la Ley de Jurisdicción Voluntaria aumenta mucho las competencias notariales tanto en el ámbito familiar y contractual como, sobre todo, en el sucesorio, y también en materia mercantil. Un proceso similar se ha producido en el Registro Mercantil para atribuirles algunos expedientes a registradores mercantiles, al igual que en Propiedad.

P: En este ámbito, el del Registro Civil, se han vuelto a abrir contactos



Entrevista

con los distintos operadores jurídicos. ¿En qué punto nos encontramos ahora? ¿Cuál cree que debe ser la contribución y el papel de los notarios en este proyecto?

R: En este caso, la atribución fundamental era el Registro Civil, pero, al final, el propio colectivo afectado no ha querido. Se ha pospuesto la decisión en esta cuestión ante la falta de acuerdo social y de todos los interlocutores, los grupos parlamentarios y el propio colectivo afectado. Por lo tanto, la otra pata del Registro Civil, que también, en cierta medida, es seguridad jurídica preventiva, ha quedado pospuesta dos años con la finalidad de llegar a un acuerdo con todos los grupos parlamentarios y sectores afectados. Siempre se ha pretendido mantener los puestos de los funcionarios; lo único que cambiaba era la filosofía de que el encargado, ya desde 2011, no fueran los jueces. Se acordó la desjudicialización. Por tanto, el eje de la desjudicialización ya se ha acordado, y ahora corresponde determinar el modelo. Yo no renuncio a que tengan participación especialistas en Derecho Privado como notarios y registradores.

P: ¿Está descartado que se atribuya a los registradores, como estaba previsto inicialmente?

R: Lo que sí se suprime definitivamente, porque va en la ley que ahora entra en vigor, es la atribución a una corporación de registradores mercantiles, como preveía un Real Decreto Ley de 2014. Por tanto, el

modelo de atribución a una corporación específica de registradores mercantiles sí es efectivo y sí se toma la decisión. ¿Qué modelo se adoptará en el futuro? Eso lo tienen que decir los distintos grupos parlamentarios, con el consenso social que el propio Ministro de Justicia reclama para esta materia. Lo cierto es que es necesaria una reforma desde el punto de vista de la Administración.

En los juzgados del Registro Civil ahora están citando expedientes para el año 2019. Por lo tanto, los registros civiles no funcionan como sí funcionan las notarías, los registros de la propiedad y los mercantiles, la Agencia Tributaria o cualquier otro modelo autónomo de la Administración, y eso hay que solucionarlo. El modelo que aquí se perseguía, de atribución a los registradores, era una filosofía intermedia entre la atribución a una corporación específica, pero que implicaba, a su vez, una licitación a empresas privadas, y en eso no estoy de acuerdo, como tampoco estoy de acuerdo en que se atribuya a los registradores con percepción de aranceles en los actos inscribibles, porque eso era de alguna forma abandonar la línea de la gratuidad para el ciudadano. Lo que sí buscábamos era la nacionalidad por residencia como fuente de financiación. Es decir, que los que adquiriesen la nacionalidad porque no son españoles pagasen y con eso se financiara la plataforma tecnológica. Pero eso se ha superado y el propio Colegio de Registradores pidió el aplazamiento del proyecto; por lo tanto, mientras no haya un consenso de todos los sectores

afectados, no habrá una decisión al respecto. La nacionalidad sí se ha decidido que se lleve directamente por la DGRN.

P: De todos modos, algunas medidas en torno al Registro Civil se llevarán a cabo de forma más inmediata...

R: Sí, aunque el modelo se pospone porque tenemos que tomar una decisión conjunta de eficiencia para la Administración, ante la gran avalancha de procedimientos de expedientes que hay en el Registro Civil, sí va a haber medidas puntuales en materia de Registro Civil. Por ejemplo (y esa sí es una medida al margen totalmente de los registradores), que los nacimientos se inscriban desde los hospitales. En la Dirección General, estamos trabajando en comisiones mixtas con todos los sectores afectados (Sanidad, el Instituto Nacional de Estadística, la Agencia Tributaria, la Dirección de Nuevas Tecnologías, el Registro Civil, hospitales, etc.) en un proyecto de comunicación telemática de nacimientos desde los hospitales, y ello para facilitar a los progenitores la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil. Pero lo hacemos dentro del modelo actual, y con medios tecnológicos del propio Ministerio.

P: ¿Y en qué consiste el Proyecto de Ley de Sefardíes?

R: En materia de adquisición de nacionalidad por los sefardíes, que no deja de ser Registro Civil también, sí se van a utilizar medios tecnológicos de los notarios. Se van a producir cientos de miles de solicitudes (no podemos cuantificarlas exactamente, pero se habla en torno a 200.000 o 300.000 expedientes de sefardíes que van a pedir la nacionalidad española, recuperando la que tuvieron sus ancestros en el siglo XV). Va a ser básicamente un procedimiento de la Dirección General, pero con intervención notarial, ya que levantarán acta de notoriedad de la condición de sefardí y de su vinculación con España. Dicho procedimiento ya se hace dentro de la Dirección General, y el Consejo General del Notariado ha ofrecido su plataforma electrónica, por lo que el Ministerio de Justicia lo acepta acordado. Con lo cual ahí va a haber también una intervención notarial importante no solo levantando acta de la condición de sefardíes de quienes lo soliciten, sino también en su tramitación electrónica.





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

R: Nosotros ya hemos hecho mucho en materia de seguridad jurídica preventiva, como son todas las medidas que hemos comentado, pero también se está trabajando a medio y a largo plazo, en trabajos internos de la propia Dirección General, en lo que pudiera ser una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva que pudiera conducir a un planteamiento más amplio. Pero se ha hecho mucho respecto al papel del Notario en materia específica de control de legalidad, una función que ya le atribuyen determinadas leyes con claridad.

Notarios y registradores tienen que tener un papel más activo en la denegación de cláusulas abusivas

Yo creo que está aceptada y defendida, en cierta medida, por la propia doctrina de la Dirección General. Es decir, el Notario, lógicamente, no solo realiza una función de dación de fe de la intervención de los otorgantes y su fecha, sino que adecúa la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico y, por tanto, está haciendo una labor interpretativa del Derecho y debe, a través de advertencias legales, pero también de su abstención, rechazar aquello que sea ilegal.

He hecho un esfuerzo importante para que se reconozca en el control de la abusividad en los préstamos hipotecarios y de la transparencia, y no solo en la doctrina de la Dirección General, donde ya está reconocida, sino también en otros ámbitos más específicos, como pudiera ser el Texto Refundido de los Consumidores y Usuarios. Creo que notarios y registradores tienen que tener un papel más activo en la denegación de aquellas cláusulas abusivas, no transparentes, contrarias a normas imperativas y prohibitivas.

P: ¿Otorgarles el control legal de las cláusulas abusivas puede ser la solución?

R: Control para no autorizarlas, claro. Un control de legalidad en el sentido de que el Notario debe abstenerse de au-

torizar contratos, préstamos hipotecarios o articular en materia de financiación hipotecaria donde se incluyan cláusulas que ya se hayan declarado nulas por la jurisprudencia, por mucho que lo pretenda en su minuta un Banco. Ahí el Notario tiene que tener un papel importante de rechazo. No solo se trata de invocar una competencia que me parece muy importante, sino también de ejercitarla en la práctica y, por tanto, yo creo que se tiene que hacer un mayor esfuerzo en dicho control de los préstamos hipotecarios. Y, por supuesto, dentro de normas claras, imperativas y de la doctrina jurisprudencial. Por tanto, siempre corresponderá al Juez la determinación de lo que es abusividad en sentido general, en función de otros factores, pero hay una serie de cláusulas que son claramente abusivas, como la prohibición al deudor para que enajene la finca, por poner un ejemplo, o bien comisiones que superan los límites legales, o la sumisión a fuero distinto del consumidor... Hay cláusulas que están claramente determinadas y cláusulas nulas que no se deben utilizar nunca.

Por tanto, a nivel general, mi posición es defender un papel activo de los notarios en el control de legalidad, como ya tienen en la práctica y se está reconociendo por la Dirección General, junto con la calificación registral (insisto en que es un sistema conjunto). Pero no solo se trata del reconocimiento, sino que también hay que aplicar la práctica, porque, de lo contrario, luego se pierde la importancia del instrumento público. Si no hay un control previo, los efectos del instrumento público, al final, necesariamente se devalúan. Para que haya un buen instrumento público, de gran eficacia, tiene que haber un control previo de depuración de lo que no se adecúa al ordenamiento jurídico.

Estamos trabajando en una instrucción para que los notarios tengan un acceso depurado a las bases de datos de los libros del Registro

P: Una de las apuestas del Ministerio para conseguir una Justicia más ágil es conseguir una Justicia sin papeles. En este sentido, centrándonos en el ámbito notarial, el acceso notarial a los libros del Registro, aun aprobado por ley años atrás, es una asignatura pendiente.

¿Se contempla alguna medida al respecto en los próximos meses?

R: En la Dirección General también estamos trabajando en una instrucción de acceso, por parte de los notarios, a las bases de datos. Ya he hablado con ambos colectivos, ya que querría hacerlo con el consenso de notarios y registradores. Me parece muy importante que haya una rapidez por parte del Notario en el acceso, pero debe ser un acceso depurado. En la práctica, al Notario no le interesa que le trasladen literalmente los folios, sino que lo que quiere es disponer, con rapidez y de forma permanentemente actualizada, de una información sobre la titularidad y las cargas del inmueble.

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

R: La Justicia, como reza ya el Derecho romano, ha de ser siempre la misma: dar a cada uno lo suyo. A mi juicio, una de las grandes reformas que hay que hacer es la modernización de la Justicia, y, por lo tanto, el uso de las nuevas tecnologías por parte del Ministerio. Queremos una Justicia digital, electrónica y ágil. Y, en este sentido, las nuevas tecnologías en el ámbito del Notariado son fundamentales, insisto, no para sustituirle, sino para ayudarle en su cometido imparcial de asesoramiento y adecuación de la voluntad de los otorgantes al ordenamiento jurídico.

El papel del Notario, en la medida en que tiene una formación amplísima en los ámbitos del Derecho Mercantil, Civil, Procesal, en materia urbanística, etc., está llamado a cumplir un papel crecientemente importante, siempre que se adecúe a esos nuevos retos tecnológicos, que sepa prestar bien su función y potenciar los efectos del instrumento público. Pero también mediante un incremento del papel previo de depuración de los títulos que va a autorizar. Ahí tiene un papel importante.

En definitiva, si se adecúa a las nuevas exigencias tecnológicas, a las demandas de la sociedad, al rechazo de las cláusulas abusivas, velando suficientemente por el predisponente informe de riesgos del contrato y con transparencia, si cumple ese papel activo, creo que el Notariado en España tiene un gran futuro ya no en beneficio propio, sino de la sociedad, que lo necesita.

El Notario en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos

Ricardo Cabanas Trejo
 Doctor en Derecho
 Notario de Torredembarra

SUMARIO

- I. COMPETENCIA FUNCIONAL
- II. COMPETENCIA TERRITORIAL
- III. INICIO DEL EXPEDIENTE
- IV. DOCUMENTACIÓN BÁSICA
- V. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA
- VI. INICIO DEL EXPEDIENTE Y POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN
- VII. FORMALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE
- VIII. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL
- IX. COMUNICACIONES OFICIALES A CARGO DEL NOTARIO
- X. INTERRUPCIÓN Y FINALIZACIÓN ANTICIPADA DEL EXPEDIENTE
- XI. OTRAS POSIBLES COMUNICACIONES POR CONDUCTO NOTARIAL
- XII. LA REUNIÓN DE LOS ACREEDORES
- XIII. LA ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DEL ACUERDO
- XIV. COMUNICACIONES POSTERIORES A LA ESCRITURA PÚBLICA
- XV. INCIDENCIAS POSTERIORES AL ACUERDO, DOCUMENTACIÓN Y PUBLICACIÓN



- XVI. INTERVENCIÓN DE UN NOTARIO CUANDO EL EXPEDIENTE NO ES NOTARIAL
- XVII. CONTROL EXTERNO
- XVIII. ESPECIALIDADES DEL ACUERDO DE PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporó a la Ley Concursal —LC—, mediante un nuevo Título X, la figura del Acuerdo Extrajudicial de Pagos —AEP—, como una pieza más dentro del elenco de mecanismos preconcursales disponibles, junto con el Acuerdo de Refinan-



ciación —AR— del entonces art. 71.6 LC y su variante homologada judicialmente de la DA 4.ª LC. Configurado desde el inicio como un auténtico procedimiento, y además bastante rígido, descansa en dos protagonistas. De un lado, la figura central es la del Mediador Concursal —MC—, a quien corresponde gestionar en sentido estricto el acuerdo del deudor con la mayoría de sus acreedores. De otro lado, está el sujeto a quien la ley encarga las cuestiones relacionadas estrictamente con la tramitación del expediente. En la regulación inicial, este director tenía que ser un Registrador Mercantil —RM— o un Notario. Tras el RDL 1/2015, de 27 de febrero, la solicitud también puede dirigirse a las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación, cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica, y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España —en adelante, para ambos supuestos, COC— (art. 232.3.II LC y la DA 1.ª RDL 1/2015; llama la atención que no se establezca alguna regla de competencia territorial; aunque el servicio de mediación se presta en régimen de libre competencia —art. 5.3 Ley 4/2014, de 1 de abril—, parece que ha de existir una vinculación entre el domicilio del deudor y el ámbito territorial de la COC, situación que puede provocar el solapamiento de varias cámaras, ya que su ámbito puede ser autonómico, provincial y local, sin perjuicio del estatal de la COC de España —art. 6 Ley 4/2014—; en este caso, el deudor podrá escoger una de ellas, siempre que haya asumido funciones de mediación), al tiempo que se crea una variante especial de AEP de competencia notarial exclusiva, donde es posible prescindir del nombramiento específico de un MC (art. 242.bis LC). El presente trabajo se centra en las cuestiones relacionadas con la intervención del Notario en la tramitación del expediente, tanto en el supuesto general como en el especial indicado, sin perjuicio de que la mayoría de las conclusiones valgan para cualquier modalidad de AEP.

I. COMPETENCIA FUNCIONAL

El art. 232.3.I LC mantiene la mención a los empresarios inscribibles en relación con el RM, y como el empresario individual es de inscripción voluntaria (salvo naviero y Emprendedor de Responsabilidad Limitada —ERL—), de entender que estos empresarios inscribibles, cuando

FICHA TÉCNICA



Resumen: La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporó a la Ley Concursal, mediante un nuevo Título X, la figura del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Se trata de una pieza más dentro del elenco de mecanismos preconcursales disponibles, junto con el Acuerdo de Refinanciación, y se configura desde el inicio como un auténtico procedimiento. El presente trabajo se centra en las cuestiones relacionadas con la intervención del Notario en la tramitación del expediente, tanto en el supuesto general como en el especial, sin perjuicio de que la mayoría de las conclusiones valgan para cualquier modalidad de Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Palabras clave: Derecho Concursal, Acuerdo Extrajudicial de Pagos, Notario.

Abstract: Law 14/2013, of September 27, in support of entrepreneurs and their internationalization, incorporated into The Bankruptcy Act in the new Title X the figure of an Extrajudicial Payment Agreement. This is one more piece within the catalogue of available pre-bankruptcy mechanisms, together with the Refinancing Agreement, and it is set up from the beginning as an authentic procedure. The present article is centered on questions related with the intervention of the Notary Public in processing the dossier, both in the general case and in the specific case, without prejudice to the fact that the majority of the conclusions are of value for any modality of Extrajudicial Payment Agreement.

Keywords: Bankruptcy Law, Extrajudicial Payment Agreement, Notary Public.

no estén inscritos, son competencia del RM, la del Notario apenas quedaría limitada en este ámbito a los profesionales, artesanos, ganaderos, agricultores y, en general, a todos los que impropriadamente puedan considerarse empresarios civiles. Esta interpretación pulverizaría el carácter voluntario de la inscripción del empresario mercantil cuando quiera negociar un AEP, y ha quedado sin fundamento desde el momento en que un sujeto inscribible (incluso inscrito) en el RM puede acudir para la tramitación del expediente a la COC, evidenciando que no es necesaria la inscripción previa para la publicidad del expediente, pues ya existen mecanismos suficientes para ello. Por eso han de corresponder al RM (o COC) todas las personas jurídicas inscribibles, aunque lo sean en un registro público distinto del RM, y al Notario (o COC, pues en este ámbito se solapan) todas las naturales, quizá con la excepción de aquellos empresarios que ya figuren inscritos en el RM, bien con carácter necesario (ERL), bien por haberse inscrito voluntariamente con anterioridad, o por solicitud en ese mismo momento. Aunque se podría plantear también que el Notario es competente para tramitar el expediente de una persona jurídica que no resulte inscribible en registro alguno (sociedad civil), voy a limitar este análisis al expediente de una persona natural, por ser el ámbito casi exclusivo de actuación del Notario, pero sin limitarme al empresario civil por la razón expuesta.

II. COMPETENCIA TERRITORIAL

Ha de tratarse de un Notario del domicilio del deudor, con la posibilidad de escoger entre los varios notarios del domicilio, o, en su caso, del distrito notarial, cuando en la población no haya Notaría demarcada (arts. 116 y 117 RN). El dato del domicilio puede resultar del documento de identidad (arg. ex art. 209.bis RN) o de un certificado de empadronamiento (pensemos en un extranjero con residencia en España). Puede surgir un problema cuando de la documentación aportada (o la propia declaración del deudor) resulte que el domicilio de la persona física no coincide exactamente con el centro de sus intereses principales, que es el criterio determinante de la competencia del JM para conocer de un eventual concurso, con la posibilidad de elegir (por el acreedor solicitante) cuando ambas sedes concurren en España (art. 10.1 LC). La circunstancia no es irrelevante para el Notario, ya que ha de comunicar el expediente al JM competente para la declaración de concurso, JM que también será el competente para conocer de la impugnación (art. 239 LC) o de otras incidencias (p. ej., resolver sobre el carácter necesario del bien en la paralización de ejecuciones, art. 5.bis.4.II LC). El Notario puede aplicar el mismo criterio que funda su competencia y atender solo al domicilio del deudor, aunque considere que el centro de los intereses del deudor es otro, o bien hacer la comunicación solo en función de este último dato como determinante de la compe-

tencia concursal, si realmente lo tiene muy claro. La opción de comunicar a los dos, haciendo constar el motivo de la duplicidad, puede generar un problema de competencias; de ahí que sea preferible optar por uno, aunque al otro se le comunique, solo para impedir que un acreedor inste a través del mismo el concurso necesario, y así se haga constar en la comunicación. Si ha de plantearse una discusión sobre la competencia, que lo sea ya en el concurso.

III. INICIO DEL EXPEDIENTE

a) *Legitimación del solicitante*

Como se trata de persona natural, normalmente la solicitud se hará por el propio interesado, pero no se ha de excluir la actuación por medio de apoderado, siempre que esta facultad se haya conferido de manera específica (en este momento, basta con la representación legal, sin perjuicio de que después sean necesarios requisitos especiales por razón del contenido del AEP —p. ej., dación en pago de un inmueble—). Adviértase que se trataría de la facultad de instar el nombramiento de MC para la puesta en marcha del expediente, hacer las oportunas declaraciones y suscribir los documentos pertinentes. Pero, a lo largo de la tramitación del expediente, hay otros actos que el deudor debe consentir, consentimiento que también podría prestar por medio de apoderado (p. ej., aceptar la propuesta de acuerdo que el MC debe remitir a los acreedores, art. 236.1 LC). En este caso, corresponde al MC valorar la suficiencia del poder, sin perjuicio de que la competencia vuelva al Notario para la eventual elevación a escritura pública, cuando sea necesaria la intervención del deudor. No es necesario Abogado/Procurador y no se disfruta de los beneficios de la Justicia gratuita.

b) *Carácter individual del expediente*

El expediente de AEP necesariamente es individual, uno por cada deudor solicitante, como ocurre también con el concurso de acreedores. Sin embargo, en este segundo son posibles los concursos conexos, ya sea por la declaración conjunta de concurso de varios deudores (art. 25 LC) o por la acumulación de concursos (art. 25.bis LC), con la posibilidad excepcional de consolidar inventarios y listas de acreedores (art. 25.ter LC, y en todo caso coordinados), nombrar una misma Administración Concursal —AC— (art. 27.5 LC)

o condicionar recíprocamente las propuestas de convenio concursal (art. 101.2 LC). Pero ahora nos interesan, sobre todo, los concursos conexos de los cónyuges o de las personas que sean pareja de hecho inscrita (art. 25 LC). Pues bien, a pesar de esta conexión en el concurso posterior, en el AEP no hay vinculación entre expedientes, y ni siquiera será posible la designación de un mismo MC para ambos cónyuges/pareja, pues el nombramiento está sometido a su propia designación secuencial y cada MC debe llevar la negociación que corresponda a su deudor. Solo será posible la coincidencia en el MC en aquellos supuestos en que el director del expediente asuma simultáneamente las tareas de negociación (COC y el Notario, en el art. 242.bis LC). Por consiguiente, se habrá de estar al carácter mancomunado o solidario de una deuda con pluralidad de deudores, o de los bienes en situación de comunidad (gananciales), con la posibilidad de que un mismo bien o deuda aparezca en el inventario o en la lista de ambos solicitantes. En cambio, no habría inconveniente en que la propuesta de AEP de uno se condicionara expresamente por el deudor a la aceptación de la propuesta del otro y así se comunique a los acreedores.

El expediente de Acuerdo Extrajudicial de Pagos necesariamente es individual, uno por cada deudor solicitante, como ocurre también con el concurso de acreedores. Sin embargo, en este segundo son posibles los concursos conexos

c) *Una especialidad en el caso de los casados*

No obstante, el art. 232.2.V LC incorpora una curiosa regla para el caso de ser los cónyuges (no menciona la pareja de hecho inscrita, a pesar del relieve concursal de la figura; así, art. 25.3 LC) propietarios de la vivienda familiar que pueda verse afectada por el AEP, pues la solicitud deberá realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro (art. 232.2.V LC). No creo que esta simple mención a la suscripción conjunta de la solicitud por ambos cónyuges pueda verse como una excepción a la regla del carácter individual del expediente, que no tendría mucho sentido solo

por razón de la vivienda familiar, sin perjuicio de que en los casos indicados de posible coincidencia entre el director del expediente y el MC realmente se pueda presentar la instancia por ambos y recaer el nombramiento en un mismo MC o equivalente. Pero, incluso en estos casos, el MC deberá presentar dos propuestas de AEP, una para cada deudor, aunque coordine su tramitación. En mi opinión, la norma tiene en cuenta una posible cesión en pago o para pago de la vivienda habitual (o el gravamen de la misma), en cuyo caso la cláusula tiene pleno sentido cuando la vivienda fuera propiedad de uno solo de los cónyuges, pues, siendo común, los dos habrán de formalizar necesariamente la cesión, salvo que se pretenda la cesión de una cuota. La regla vendría a ser una traslación al procedimiento del art. 1320 CC, para evitar que la ejecución del acuerdo mediante la cesión del bien no fuera posible por faltar el consentimiento del cónyuge no propietario. De este modo queda comprometido su asentimiento y colaboración en lo que fuere menester. Pero, de ser así, deberá aplicarse por analogía cuando la norma civil exija un consentimiento análogo de la pareja estable (p. ej., art. 234-3 CCCat). Pero, en este momento inicial, el solicitante no hace una propuesta de acuerdo, cuya confección corresponde al MC; de ahí que la intervención del otro cónyuge (o pareja, según lo dicho) solo revela una disposición a la cesión. De todos modos, al constituir un indicio de posible tramitación conjunta del expediente, no excluyo que en la práctica se utilice para forzar el nombramiento de un mismo MC para los dos cónyuges, aunque no dejaría de resultar curioso que los cónyuges que vivan de alquiler ya queden fuera de esta posibilidad (en realidad, es un defecto de técnica legislativa el no haber regulado los acuerdos conexos, y superarlo entra en el terreno de la interpretación correctora, o desarrollo del Derecho superador de la ley, que siempre debe acometerse con extrema cautela, aunque en los últimos años ya nos hemos acostumbrado a ver casi de todo).

d) *El presupuesto objetivo*

Aunque considerado un expediente pre-concursal, la anticipación del AEP no se refiere propiamente al presupuesto objetivo del concurso, ya que se hace coincidir con la insolvencia. No creo que tengan mayor importancia algunas diferencias semánticas aparentes entre la persona física y la jurídica en el art. 231 LC, como hablar solo de cumplimiento



de regular, sin alusión a la puntualidad en el pago. En particular, el hecho de hablar solo de insolvencia para la persona jurídica no ha de excluir para esta la insolvencia inminente. El supuesto ha de ser común para ambas clases de sujetos, y ninguna razón hay para apartarse del tipificado con ese *nomen* en la LC, en sus dos modalidades (art. 2.3 LC). Incluso que no se prevea como riesgo inmediato, sin que se pueda hablar técnicamente aún de insolvencia «inminente» en el sentido del concurso, en cuyo caso se presenta realmente como un estadio preconcursal (en un Anteproyecto de marzo de 2013 de la que después sería la Ley 14/2013 se incluía, respecto de cualquier persona natural, también la situación de sobreendeudamiento, por encontrarse en un estado duradero de desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el activo que posea). Por ello, un deudor en situación de insolvencia actual también puede solicitar el AEP, con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes, permita la recuperación de la solvencia. Pero, a la inversa, en una situación de insolvencia inminente, también en el sentido algo más amplio indicado, aparece un nuevo sujeto que puede instar el concurso, sin contar con el deudor, que en realidad ya ha manifestado estar en insolvencia. Cuando concurra el presupuesto objetivo del concurso, la función del AEP no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino buscar realmente su remoción. La preconcursabilidad puede operar así en un sentido estrictamente procedimental, solo porque el deudor consigue bloquear durante algún tiempo la declaración de concurso, aunque se encuentre ya en situación de insolvencia actual. Aunque el art. 232.3.III LC remite ahora de forma genérica a los requisitos previstos en el art. 231 LC, no corresponde al Notario constatar por la documentación aportada la existencia de una situación de insolvencia (que bien podría ser solo inminente), a diferencia del JM en el concurso voluntario (art. 14 LC). Habrá de bastar con la declaración del solicitante, sin que el Notario deba comprobar la concurrencia efectiva de esta situación mediante el examen de la documentación aportada. Tampoco debe deducir consecuencia alguna de un eventual incumplimiento de la obligación de declarar el concurso cuando resulte de dicha documentación que ya han transcurrido más de dos meses desde que el deudor había conocido su situación de insolvencia (art. 5 LC). Al tratarse de persona natural, tampoco le corresponde al Notario verificar la disponibilidad de activos suficientes (ya no exige la ley que sean líquidos) para satisfacer los gas-

tos propios del AEP, en este momento solo aproximados (art. 231.2.c LC).

El Notario ha de comprobar que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; en esta estimación deben incluirse todas las deudas, también las que no se ven afectadas por el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (créditos de derecho público)

e) Deudor excluido por razón del pasivo estimado

Lo que sí ha de comprobar el Notario por la documentación aportada (normalmente, la lista de acreedores, pero, en su caso, también el balance) es que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; en esta estimación deben incluirse todas las deudas, también las que no se ven afectadas por el AEP (créditos de derecho público). El hecho de que después el MC tenga conocimiento por cualquier otro medio de un pasivo superior no ha de suponer la interrupción del expediente, sin perjuicio de que el JM lo pueda considerar relevante en la impugnación (aunque no entra en los supuestos tasados del art. 239 LC) o en un concurso futuro para negar el carácter de concurso consecutivo.

f) Las prohibiciones legales

Dentro de la comprobación genérica de los requisitos del art. 231 LC por parte del Notario, también está que el deudor no incurra en alguna de las prohibiciones legales que en dicho precepto se detallan. Estas son:

— Que el deudor no haya sido condenado por determinados delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores), aunque fija un límite temporal de diez años que antes no existía. Sin embargo, en un clamoroso error de redacción, alude a los diez años «anteriores a la declaración de concurso», que claramente no es el caso. Parece que la fecha de referencia ha de ser la de solici-

tud de inicio del AEP, y contar hacia atrás los diez años, para comprobar si la fecha de la firmeza cae dentro de ese plazo. En el supuesto de que haya condena, pero aún no sea firme, el expediente se puede tramitar, pues esperar hasta la firmeza haría inútil el expediente (cfr. art. 178. bis.3.2.º LC), sin que proceda la interrupción del mismo por una firmeza posterior a su inicio. Para concretar los delitos que impiden acudir al AEP, se han de tener en cuenta los delitos detallados en el título correspondiente del Código Penal en cada una de las rúbricas indicadas (que incluyen, p. ej., la simple defraudación de fluido eléctrico). Sin perjuicio de la manifestación del solicitante, como elemental medida de prudencia, el Notario deberá exigir un certificado de antecedentes penales, aunque este tampoco constituye una garantía plena, pues han podido cancelarse los antecedentes penales antes del transcurso de los diez años (art. 136 CP y art. 19 RD 95/2009, de 6 de febrero). Aunque esa cancelación de antecedentes sea relevante en otros ámbitos (para la agravante de reincidencia, art. 22.8.º.II CP), ahora solo interesa el dato objetivo de la condena en dicho plazo; por eso, aunque el certificado se presente limpio, si el Notario tiene conocimiento de la condena dentro de ese plazo, deberá rehusar el expediente (un deudor muy honesto quizá se lo haga saber al Notario, pero es posible también que un acreedor le informe después; para el caso, v. *infra*).

— Que dentro de los cinco años (antes, tres) anteriores, el mismo deudor hubiera alcanzado otro AEP, un AR (novedad del RDL 1/2015, que incluye los dos supuestos del art. 71. bis LC), obtenido la homologación judicial de un AR (de la DA 4.ª LC) o hubiera sido declarado en concurso. Es irrelevante que el AEP/AR hubiera sido cumplido, o el concurso concluido por cumplimiento del convenio o satisfacción de todos los acreedores (en estos casos, no procedería su reapertura —art. 179 LC—, pero la prohibición se aplica igual). De nuevo, se trata de un plazo de cuenta atrás, desde la fecha de solicitud hasta la misma fecha anterior en cinco años. Aparentemente, la prohibición se activa si dentro de ese plazo ha tenido lugar la publicación en el Registro Público Concursal —RPC— de la aceptación del AEP, de la resolución judicial que homologue el AR o del auto de decla-

ración del concurso, aunque la fecha del AEP, de la resolución o del auto sea anterior, lo cual mucho sentido no tiene, pues perjudica al deudor un retraso que no le es imputable. Además, el RPC indica la fecha de estos últimos actos, no propiamente la de publicación; de ahí que la norma deba interpretarse en el sentido de que la publicación es necesaria, pero la fecha relevante es la del acto en cuestión, que se hace pública a través del RPC. El Notario deberá hacer la oportuna comprobación mediante consulta directa del RPC. No obstante, surge un problema con las dos modalidades de AR del art. 71.bis LC, que han de constar en instrumento público pero no se publican en el RPC. Habrá que conformarse entonces con la manifestación negativa del interesado y, en caso contrario, pedir la copia del instrumento público para verificar su fecha. Por último, se ha de tener en cuenta que este requisito no será exigible durante el año siguiente a la entrada en vigor del RDL 1/2015 (29 de febrero de 2015, DT 1.ª.5). Transcurrido este plazo, obviamente el año de suspensión computa para la aplicación futura de la prohibición.

- No podrá acceder al AEP quien se encuentre negociando con sus acreedores un AR (de cualquier clase, las dos del art. 71.bis y la DA 4.ª LC), o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (no incluye las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, siempre que no se haya solicitado el concurso). Como se publica el auto de declaración de concurso, no la mera admisión, resulta imposible que el Notario compruebe la simple admisión mediante consulta al RPC, y por eso habrá de bastar entonces con la manifestación del deudor para cubrir ese intervalo (respecto del concurso necesario, el deudor manifestará no tener noticia de que alguien haya solicitado su concurso). El problema surgirá cuando el concurso se declare después por una solicitud presentada antes (durante el expediente de AEP opera el bloqueo de tres meses del art. 15.3 LC), en cuyo caso el Notario debe interrumpir de oficio el procedimiento (v. *infra*). Respecto del AR, la publicidad en el RPC vuelve a ser tardía, pues tiene lugar una vez se admite a trámite la solicitud de homologación (DA 4.ª.5.III LC), aunque el RM puede tener constancia de la solicitud de nombramiento de experto, pero solo cuando así se hubiera solicitado (art.

71.bis.4 LC; deberá hacerse entonces la oportuna consulta al RM por el Notario). Sin embargo, cuando el deudor hubiera hecho uso de la posibilidad de poner en conocimiento del JM que ha iniciado negociaciones para alcanzar un AR de los previstos en el art. 71.bis.1 y en la DA 4ª LC, también se podrá tener conocimiento de esa negociación por la publicación en el RPC que ha de ordenar el Secretario Judicial —SJ—, salvo que el deudor haya solicitado el carácter reservado (art. 5.bis.3 LC). Si consta esa comunicación, la única forma de obviarla para aceptar el AEP sería la propia manifestación del deudor de haber puesto fin sin resultado a la negociación del AR, y que por eso da inicio al AEP (aunque no se incluya, también respecto de una propuesta anticipada de convenio, cuando conste esa comunicación, pero solo como indicio de un posible concurso). Ningún inconveniente hay para ello, y el único problema se plantea con el efecto suspensivo del deber de solicitar el concurso por la prohibición legal expresa de formular una nueva comunicación en el plazo de un año (art. 5.bis.6 LC), pero ha de entenderse limitada a la comunicación por el mismo deudor, que no es el caso cuando se trata de AEP. Fuera de estos casos que permiten algún tipo de comprobación a través del RM o del RPC, habrá de bastar con la manifestación del deudor (pensemos en el AR del art. 71.bis.2 LC, donde solo se podría obtener un indicio del RM por la designación de experto independiente, pero no hay comunicación *ex art.* 5.bis LC). Por supuesto, cuando el deudor tiene la posibilidad de elegir entre varios directores del expediente (p. ej., varios notarios de la población), una vez que empieza con uno, no puede pasar a otro, salvo que desista de primer expediente (v. *supra*). Aunque la iniciación anterior no es obstativa de un nuevo intento (solo el AEP aceptado), es necesario concluir en forma el primero (normalmente, se podrá detectar esa simultaneidad cuando ya conste en el RPC el inicio del primero).

- Es importante destacar que el RDL 1/2015 ha suprimido la exigencia de estar inscrito en el RM cuando se trata de sujetos a inscripción obligatoria; también la prohibición vinculada a la falta de llevanza de la contabilidad o de depósito de las cuentas, y la muy poco comprensible prohibición motivada

porque algún acreedor del solicitante hubiera sido declarado en concurso.

La documentación básica está formada por la solicitud de nombramiento de un mediador por formulario normalizado suscrito por el deudor (excepcionalmente, también por su cónyuge), que incluirá un inventario y al que se acompañará también una lista de acreedores

IV. DOCUMENTACIÓN BÁSICA

En esencia, la petición que el deudor hace al Notario solo es para el nombramiento de un MC; por eso el inicio del expediente también se podría haber limitado a esa simple demanda, dejando para un momento posterior el aporte al MC ya designado de la información necesaria sobre la situación económica del deudor. Pero esto habría permitido iniciar el expediente, con algunos efectos vinculados al mero arranque del mismo (art. 235 LC), sin asegurarse de la seriedad del propósito del deudor; falta de seriedad que puede evidenciarse después en cierta pereza por su parte en entregar al MC la documentación precisa, en un expediente donde los breves plazos corren de manera inexorable. Por ello, como prueba del compromiso real del deudor, y para hacer viable la rápida tramitación prevista, la documentación necesaria debe entregarse desde el comienzo al Notario, y sin ella no es posible empezar el expediente (salvo el trámite subsanatorio que después se indica). El Notario se la habrá de ceder después al MC, verdadero y último destinatario de la misma, sin perjuicio de que el propio Notario también la deba examinar someramente para comprobar alguno de los presupuestos del expediente (los cinco millones de pasivo estimado). Esta documentación básica y esencial está formada por la solicitud de nombramiento de un MC mediante formulario normalizado suscrito por el deudor (excepcionalmente, también por su cónyuge), que incluirá un inventario y al que se acompañará también una lista de acreedores, cuyo contenido se determinará mediante Orden del Ministerio de Justicia. Una vez se aprueben los formularios normalizados, tendremos más claro el contenido



de esta documentación básica. En tanto no se aprueben, lógicamente, la obligación de ajustarse a ellos no existe (DT 1.ª.2 RDL 1/2015), pero del art. 232 LC se puede deducir la información básica que debe resultar de esa tríada solicitud/inventario/lista:

a) Identificación del deudor

Se aplican las reglas generales (art. 156 RN), pero se ha de tener en cuenta que el NIF es imprescindible (constituye un dato necesario para comunicaciones oficiales), pues no cabe aceptar la petición con una mera advertencia (salvo subsanación en plazo), y también será necesario indicar la profesión por razón de competencia objetiva y de la especialidad que después se indica; por lo antes manifestado, estimo necesario destacar (y hacer la oportuna comprobación el Notario) que el empresario mercantil individual no está inscrito en el RM. Si el domicilio del deudor, que determina la competencia del Notario, no coincide con el centro de sus principales intereses, convendría reflejar ambos por separado. También parece conveniente que indique una dirección de correo electrónico, por la preferencia que muestra la ley por la comunicación electrónica. Cuando el deudor sea persona casada, habrá de indicar el nombre del cónyuge y el régimen matrimonial, salvo casado en separación de bienes (por tanto, también en participación en ganancias, aunque no pueda hablarse de comunidad). La mera solicitud de AEP, aunque el cónyuge reconozca la insolvencia propia, no constituye causa de disolución de la sociedad de gananciales a los efectos del art. 1391 CC (cfr. con el concurso, art. 77.2 LC). Se ha de tener en cuenta lo antes dicho sobre la necesidad de que el cónyuge también suscriba la solicitud, o simplemente preste su consentimiento, cuando exista vivienda familiar que pueda verse afectada por el AEP. Para hacer posible la comunicación al Registro Civil —RC—, convendrá indicar el lugar y la fecha de nacimiento, así como el nombre de los padres (en ocasiones, algún RC no lo considera suficiente y exige la indicación de los datos de inscripción).

b) Presupuesto y prohibiciones

El deudor debe indicar si se encuentra en situación de insolvencia actual o si la prevé como inminente; asimismo, tendrá que declarar y, en su caso, acreditar que no incurre en alguna de las prohibiciones antes reseñadas (certificado de antecedentes

penales). Como ya se ha señalado, hay comprobaciones que el Notario debe hacer por sí mismo, con independencia de la declaración del deudor (consultas al RPC y al RM).

c) Información económica real

Como prueba de la seriedad de su propósito, y para hacer posible el inicio inmediato del encargo del MC, el deudor debe entregar en ese momento una información clara sobre su situación económico-financiera. En particular:

- El inventario debe indicar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, categoría que se puede identificar con los dos primeros números del art. 592.2 LEC (dinero o cuentas corrientes de cualquier clase; créditos o derechos realizables en el acto o a corto plazo; valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores); respecto de las cuentas indistintas, no cabe aplicar la regla del art. 79 LC, y por eso el deudor debe concretar su cuota de titularidad específica.
- Bienes y derechos de los que sea titular (por su especialidad, también un arrendamiento financiero, que se contabiliza como un activo del arrendatario, Plan General de Contabilidad —PGC—, 2.ª parte, norma 8), aunque el inventario no debe ser exhaustivo, pues se han de excluir aquellos que resultan inembargables (mobiliario, menaje de casa, ropa, etc.; v. art. 606 LEC); respecto de los bienes inscritos, debe indicar los datos de registro para hacer posible la comunicación posterior al Registro de Bienes —RB.

En el supuesto de casado en gananciales (u otro régimen de comunidad), debe incluir todos los bienes gananciales, aunque solo sea por presunción (art. 1361 CC). También deberá destacar si se trata de la vivienda familiar o de bienes necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial.

- La lista de acreedores deberá especificar la identidad de cada uno, domicilio y dirección de correo electrónico (si la tuviere y la conoce el deudor, y sin perjuicio de que el acreedor facilite después al MC —no al Notario— una dirección de correo electrónico de conformidad con el art. 235.2.c LC; no obstante, tras el RDL 1/2015, la dirección que proporciona unilateralmente el deudor al Notario puede servir después a todos los efectos, incluso postergadores del art. 237.1 LC, para las comunicaciones del MC —art. 234.2.II LC—), con expresión de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos. En el supuesto de casado en gananciales, entiendo que no se aplica la actual regla concursal del art. 49.2 LC, que integra en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal; se ha de estar al régimen civil, donde las deudas son de uno o de otro cónyuge (o de ambos, en aplicación de las reglas generales), e incluir en el pasivo del AEP solo los créditos que correspondan al solicitante, nunca los de su cónyuge, aunque sean a cargo de la sociedad conyugal (es decir, la regla concursal del art. 84.1 LC, anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Han de incluirse todos los créditos (personales o



por razón de la actividad económica), también los préstamos o créditos con garantía real o de derecho público, sin perjuicio de que no se vean afectados por el AEP. También los que presenten alguna especialidad, como estar sujetos a condición resolutoria/suspensiva, o los litigiosos, aunque se debe mencionar este carácter. Si hay créditos expresados en otra moneda, habrán de computarse en euros según el tipo de cambio oficial en la fecha de la solicitud, y los que tuvieren por objeto prestaciones no dinerarias se computarán por el valor de las mismas en esa fecha.

- La lista debe incorporar una relación de contratos vigentes, de todos los contratos, tanto si van a representar un pago como un ingreso para el deudor.

d) Información hipotética

Junto con la información real destacada, la ley también exige una información meramente hipotética por parte del deudor, cuya probabilidad y fundamento el Notario no debe comprobar (difícilmente podría hacerlo); en concreto, debe indicar en el inventario los ingresos regulares previstos, y en la lista de acreedores, una relación de gastos mensuales previstos. No procede en el expediente de persona natural que el Notario formule un juicio hipotético sobre la disposición de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del expediente (cfr. 231.2.c LC).

Hay situaciones especiales en las que resulta conveniente que el deudor se anticipe con la valoración de los bienes y la aporte, pues después puede provocar una demora importante en el procedimiento, que tiene unos plazos de tramitación cortos y una cobertura temporal muy estricta

e) Valoración de los bienes

No es necesaria, pues no se trata de liquidar el patrimonio del deudor, sino de negociar un arreglo para su situación de insolvencia; por eso la ley se conforma con la identificación de los activos, sin entrar en su valor. Pero hay dos situaciones especiales en

las que resulta conveniente que el deudor se anticipe con la valoración de los bienes y la aporte ya en este momento, pues después puede provocar una demora importante en el procedimiento, y no debemos olvidar que este tiene unos plazos de tramitación cortos y una cobertura temporal muy estricta (el escudo protector frente a las ejecuciones y la declaración de concurso solo dura tres meses —arts. 5.bis.5, 15.3.II y 235.2.a LC—, o dos meses, en el supuesto especial del art. 242.bis.8.º LC). Estos supuestos son:

- Bien o derecho objeto de una garantía real: para concretar en qué medida estos acreedores quedan vinculados en el AEP solo por las mayorías generales (art. 238.1 LC), antes es necesario determinar el valor de la garantía con arreglo a la norma concursal del art. 94.5 LC (al que remite el art. 232.2.III LC). Este precepto ha sido reformado por el RDL 1/2015 para facilitar el empleo de informes de fecha anterior al concurso, evitando el coste y el retardo de tener que emitir otros nuevos, en términos a los que después me refiero. Pero, además, en su nueva redacción, el art. 94.5 LC ha resuelto otra cuestión importante en relación con quién debe aportar los informes necesarios para la fijación del valor de la garantía. La reforma parece encargar esa tarea en el concurso a la AC, que dispone de toda la información, no solo de las valoraciones (también hay que conocer las deudas pendientes sobre el mismo bien por orden de preferencia). En concreto, señala que el coste de los informes o valoraciones será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la AC, salvo que el acreedor afectado solicite un informe de valoración contradictorio, que deberá emitirse a su costa. También se emitirá a costa del acreedor el informe cuando se invoque por el acreedor afectado la concurrencia de circunstancias que hagan necesaria una nueva valoración. Aplicando la misma regla al AEP, en este expediente no le correspondería al solicitante hacer la valoración singular de cada garantía real, y mucho menos a los acreedores afectados, que nada han de comunicar, sino al MC. El problema es que el MC apenas dispone de tiempo para ello, pues solo tiene diez días para comprobar el pasivo y hacer ya en ese plazo la convocatoria de la reunión para dentro de los dos meses siguientes (art. 234.1 LC). Aunque no esté prevista, parece necesaria una comunicación individual a cada acreedor garantizado del valor de su garantía,

según resulte de la valoración encargada por el MC y del descuento pertinente por las cargas preferentes, y hacerlo con tiempo suficiente para dar al acreedor discrepante la oportunidad de instar, a su costa, una nueva valoración, trámite que habría de estar concluido antes de una reunión que ya está convocada (piénsese que en el posterior concurso consecutivo, cuando lo solicite el MC y le corresponda el cargo de AC, por la brevedad de los plazos —art. 242.2.1.º LC—, parece que se arrastrará esa valoración en el informe del art. 75 LC que el MC debe presentar ya con la solicitud de concurso —sujeto a rectificación en el plazo de comunicación de créditos; de ahí que se demore su publicidad, ex art. 95 LC—, aunque los informes empleados en el AEP no cumplan los plazos en relación con la declaración de concurso; esto obligará al acreedor a tener que instar, a su costa, una nueva valoración). Por eso resulta conveniente que un deudor previsor (y bien aconsejado) disponga de esos informes ya antes de la solicitud para su presentación con ella, al objeto de facilitar el trabajo del MC, y siempre sujeto a comprobación por parte del MC, no del Notario. El problema puede ser de gastos, ya que el deudor los habrá tenido que pagar de su bolsillo, mientras que si los pide el MC van a cargo de sus honorarios, salvo que los honorarios puedan incrementarse por esta razón, en cuyo caso daría lo mismo (v. *infra*).

- Bien que pueda ser objeto de una cesión en pago: en este caso, es necesario determinar el valor razonable del bien/derecho cedido, según las mismas reglas que el valor de la garantía (por error, el art. 236.1.II LC remite al art. 94.2 LC, cuando ha de ser su apartado 5; para los bienes afectos a garantía, la remisión al art. 155.4 LC nada aporta en el caso de dación en pago, que realmente ha de hacerse por el valor razonable del bien fijado con arreglo al art. 94.5 LC, con la singularidad que después indico para el caso de abonar una diferencia). Es evidente que, en esta fase, el deudor desconoce si los acreedores finalmente aceptarán una cesión en pago, pero si hay disposición por su parte a ofrecerla, nada impide que el deudor se adelante y haga la pertinente valoración del bien/derecho antes de presentar la solicitud, siempre que no resulte necesario para la continuación de la actividad profesional o empresarial. En otro caso, de nuevo de-



berá instarse por el MC, pero surge la duda de si esa información necesariamente ha de ser previa a la reunión donde se vote el AEP o puede obtenerse después, como un trámite de cumplimiento del AEP. No veo inconveniente en que así se haga, y que se encargue de ello el MC dentro de su obligación de supervisar el cumplimiento del AEP (art. 241.1 LC).

El empresario mercantil ha de entregar al Notario una documentación complementaria muy específica: el balance y las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios

- Requisitos que deben cumplir los informes: remito al art. 94.5 LC, que detalla la forma de determinar el valor razonable de los bienes/derechos, según su naturaleza de valor mobiliario, bien inmueble u otros. La fecha de referencia ha de ser la de solicitud de inicio del expediente. La reforma por el RDL 1/2015 ha ampliado los supuestos en los que no será necesario recabar un informe específico, en particular, para los bienes inmuebles, cuando se disponga de un informe anterior emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el registro especial del Banco de España dentro de los doce meses anteriores a la fecha de declaración de concurso o, para bienes distintos de los inmuebles, por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores (este experto no ha de ser designado por el RM). Cuando se trate de viviendas terminadas, podrá sustituirse por una valoración actualizada, siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible, realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. De no disponer de información sobre la variación del valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considerase

representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el INE para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano y siempre que no hayan transcurrido más de tres años.

V. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

a) *Empresario mercantil*

De acuerdo con la posibilidad antes apuntada de que un empresario mercantil no inscrito en el RM pueda instar el expediente ante un Notario, se ha de tener en cuenta que este empresario está obligado a llevar contabilidad, con independencia de su inscripción (art. 25.1 CCom.); esto supone que ha de entregar al Notario una documentación complementaria muy específica: el correspondiente balance (art. 231.1.I LC; normalmente, se tratará del balance trimestral de comprobación de sumas y saldos del art. 28.1 CCom.); además, las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios (art. 232.2.IV LC). Sin embargo, tras el RDL 1/2015, ha desaparecido la prohibición de formular la solicitud para alcanzar un AEP que antes soportaban las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. Esta modificación necesariamente se deja sentir en el acceso al procedimiento y en las consiguientes obligaciones formales que se han de verificar, pues el empresario incumplidor de sus obligaciones contables no tiene vedado el acceso al expediente, por más que resulte poco fiable ante los acreedores con los que ha de negociar el AEP y que un futuro concurso termine calificado como culpable. Por tanto, el Notario habrá de aceptar la solicitud, aunque el deudor no aporte estos documentos, ni el balance, ni las cuentas anuales. De todos modos, de la documentación contable presentada no resultará información sobre el patrimonio personal ajeno a la actividad económica, ni consiguientemente de las deudas de ese carácter, que solo aparecerán recogidas en la lista de acreedores, aunque se ha de tener en cuenta toda la información sobre el pasivo, y no solo la que resulte del balance, entre otros extremos para comprobar el límite de los cinco millones de euros.

b) *Empresario civil y profesional*

No está obligado a llevar contabilidad, conforme al CCom., y ningún tipo de soporte contable ha de presentar, ni balance, ni cuentas anuales, y todo se limita a lo que declare el deudor en la solicitud/inventario/lista. En particular, no ha de aportar los libros-registros a los que estuviere obligado por la normativa fiscal (art. 68 RIRPF). Todo ello puede dejar un poco en el aire la información suministrada, pues el MC no tendrá modo de comprobar su autenticidad, y tampoco se ha establecido propiamente un trámite de reconocimiento de créditos.

c) *Persona natural no empresaria*

Ninguna documentación complementaria ha de presentar.

VI. INICIO DEL EXPEDIENTE Y POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN

a) *Comprobación de requisitos y admisión de la solicitud*

Si los requisitos examinados previamente se han cumplido, el Notario deberá admitir la solicitud de nombramiento de un MC en la forma que después se indica. Téngase en cuenta que el mero hecho de presentar la solicitud ya produce algunos efectos; así, p. ej., desde dicha presentación el deudor se abstendrá de realizar ciertos actos (art. 235.1 LC), o se contará desde esa fecha el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles en el concurso consecutivo (art. 242.2.4.ª LC). Puede ocurrir, no obstante, que la solicitud y la admisión no sean simultáneas. Como regla, el procedimiento notarial no contempla una presentación con una fecha determinada (como el asiento de presentación en el RM) y una resolución de admisión en fecha posterior con efectos que se puedan retrotraer a la primera. El Notario ha de aceptar sobre la marcha, o mejor que la fecha de presentación y la de admisión coincidan formalmente, sin perjuicio de que el propio Notario se tome de hecho un tiempo para examinar la documentación. Pero ese intervalo no está cubierto por un documento notarial específico, sin perjuicio de que el Notario pueda entregar un recibo de la documentación presentada para la constancia posterior de esa fecha, una vez se formalice la admisión. Es aconsejable, no obstante, que la *distantia temporis* sea la menor posible.



b) Denegación de la solicitud

Puede ocurrir que a la vista de la documentación presentada el Notario considere que no se cumplen los requisitos del art. 231 LC y rechace hacerse cargo del expediente, sin posibilidad de subsanación (p. ej., si verifica en el RPC una declaración de concurso en los cinco años anteriores). Si el interesado considera que el asunto no está claro, siempre tiene la posibilidad de acudir a otro Notario, si los hay con competencia territorial, o al RM (empresario inscribible) o a la COC. El art. 232.3.II LC establece que este intento fallido no le impide presentar una nueva solicitud (ante el mismo Notario, se entiende, pues ante otro no cabe duda), cuando concurrieren o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos. Más complejo es el tema de un recurso contra su decisión. El Notario deberá dejar por escrito constancia de su negativa (fundada), y contra esta decisión cabría utilizar un recurso ante la DGRN similar al del art. 18.3 Ley 2/2009, de 31 de marzo, al haberse declarado la nulidad del art. 145 RN en su redacción de 2007. Obviamente, una solicitud inadmitida no es un AEP intentado de cara a una posible exoneración futura de pasivo en el concurso (art. 178.bis.3.4.º LC).

c) Subsanación de defectos

Distinto será que la solicitud o la documentación adjunta adolezcan de algún defecto, a juicio del Notario, o que este la considere insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para el inicio del expediente. La reforma por el RDL 1/2015 ha mejorado la anterior regulación al señalar un único plazo de subsanación de posibles defectos de cinco días, como máximo, lo que significa que

el Notario puede señalar uno menor. Por la propia naturaleza del plazo, que se refiere a la posibilidad de subsanar ante el Notario requerido, considero que el plazo ha de ser de días hábiles (arg. ex arts. 198.1.7.º, 204.II, 209.bis.3.ª.III, 249.1, 250.II y 303 RN). Si el defecto se subsana en plazo, ha de entenderse que la fecha de inicio es la de la primera admisión, no la de la subsanación. Por eso, aunque aún no dé un número de protocolo como tal, convendrá iniciar un expediente con numeración específica donde se recoja la solicitud inicial y la documentación presentada, y a continuación la decisión negativa del Notario, con indicación de la posible subsanación y el plazo, que permita contar, una vez practicada, desde la primera fecha. En cambio, si pasa el plazo señalado sin haber subsanado, la solicitud se entenderá inadmitida en los términos anteriores.

No está muy claro cómo ha de articularse el instrumento que recoja toda la tramitación a cargo del Notario. Se puede entender que es un acta, con sucesivas diligencias para cada trámite

VII. FORMALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE

a) Naturaleza del instrumento

No está muy claro cómo ha de articularse el instrumento que recoja toda la tramitación a cargo del Notario. Se puede entender que es un acta (así la califica el art. 13.1 RD 892/2013, de 15 de noviembre), con suce-

sivas diligencias para cada trámite, salvo la elevación a público del AEP, que integra un número independiente. También se puede actuar como en las ventas extrajudiciales, incorporando el expediente al final del mismo mediante un acta, diferente de la escritura. Por último, podría optarse por un sistema similar al de las actas de notoriedad, con un requerimiento inicial para la solicitud y admisión, y la posterior apertura de un expediente donde se recojan todos los trámites posteriores, hasta la elevación a público del AEP o el acta del MC de conclusión sin resultado. La cuestión es que el expediente ha de recoger mucha documentación y no todos los documentos deben incorporarse necesariamente al protocolo (pensemos en las cuentas de los tres últimos años). En mi opinión, creo que lo más sencillo es recoger el requerimiento inicial, su admisión, el nombramiento/aceptación del MC y las comunicaciones oficiales en un acta independiente con sucesivas diligencias, cuyo requerimiento inicial deberá firmar el deudor (en su caso, también el cónyuge), en la cual se haga remisión a un expediente con número propio donde se recopilen todos los documentos aportados, entre ellos, el formulario de la solicitud (de algunos solo quedará una copia en el expediente, pues el inventario/lista/balance/cuentas se debe entregar al MC). Cuando la admisión no sea automática, por haber sido necesaria una subsanación, el número de expediente será de una fecha anterior, y así se deberá reflejar en el acta. La cuestión es que las actuaciones notariales posteriores, algunas de ellas solo voluntarias (comunicaciones, actas de cumplimiento/incumplimiento/interrupción, escritura pública del AEP), son instrumentos distintos, con su correspondiente número de protocolo, en ocasiones a instancia del MC, pero una copia de cada uno se habrá de incorporar al expediente. En este sentido, se debe recordar que, conseguido el AEP, el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la Notaría para la publicidad de su contenido, debiendo publicar a través del RPC el número de ese expediente (art. 238.2 LC).

b) Advertencias específicas

En el acta de inicio, además del requerimiento inicial y su admisión, convendrá que el Notario advierta al deudor sobre determinados extremos. En particular:

— De cara a un hipotético concurso consecutivo, que la inexactitud grave en



cualquiera de los tres documentos de inicio (aunque el art. 232.2.I LC solo habla de la «solicitud», también el inventario/lista) dará lugar a la calificación culpable del concurso (remisión al art. 164.2.2.º LC).

- Que debe abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 235.1 LC), cuando el deudor desempeñe una actividad económica por cuenta propia.

c) Honorarios

La regla que después examinamos del art. 242.bis.4.º LC obliga a concebir el expediente notarial de AEP como un procedimiento articulado en distintas actuaciones con cierta autonomía, también para su minutación separada, aunque formal y materialmente se presenten engarzadas todas ellas en un mismo expediente de AEP. La primera fase está integrada por el conjunto de actuaciones notariales que resultan del art. 233 LC, y consisten básicamente en la comprobación de la solicitud/documentación, el nombramiento/aceptación del MC y las comunicaciones oficiales. Como he señalado antes, creo que debe documentarse en un acta independiente con número de protocolo propio y sucesivas diligencias, siendo la última la referida a las comunicaciones. Esta acta se minutará (o no, en el caso del art. 242.bis LC) como documento sin cuantía, pues, aunque exprese importes, no constituyen el objeto inmediato del acto jurídico (norma 3.ª anexo II RD 1426/1989, de 17 de noviembre). En paralelo, se abrirá un expediente para el depósito de toda la documentación presentada, al que se irá incorporando una copia del acta y de los sucesivos instrumentos que se autoricen en relación con el expediente (quizá no por el mismo Notario). Estos instrumentos, a los que me iré refiriendo a continuación, serán objeto de minutación independiente por cada uno de ellos. Por el primer instrumento, la obligación de pago corresponde al deudor, y aunque el Notario no puede exigir anticipadamente provisión de fondos, sí que podrá hacerlo para los pagos a terceros (en particular, honorarios de registro por la anotación preventiva; regla 8.ª anexo II RD 1426/1989).

VIII. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL

a) Nombramiento

Fuera del supuesto especial del art. 242.bis LC, la designación del MC por parte del Notario no ofrece margen de discrecionalidad, ya que habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE (art. 233.1.I LC). Si el designado no aceptase el cargo, volverá el Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia (art. 19.3.II RD 980/2013, de 13 de diciembre). Surgen dudas sobre la posibilidad de recusación por aplicación del régimen del experto, que prácticamente obligaría a dejar abierta esa posibilidad hasta el límite mismo del acuerdo (art. 342 RRM), lo que resulta poco compatible con los plazos marcados. En cuanto a la exigencia del seguro de responsabilidad civil, se ha de entender que ya resulta cumplida por la mera inclusión de su nombre en el portal del Registro de Mediadores. La distinción que ahora establece el art. 233.1.I LC entre las condiciones para ser MC y para actuar como AC (se supone, en un futuro concurso consecutivo —art. 242.2.2.ª.I LC—, situación que puede no darse), como si fuera posible escoger un MC que después no pueda actuar de AC, no ha de ser tenida en cuenta por el Notario, que simplemente requerirá del portal el suministro de los datos del MC que de forma secuencial corresponda (el art. 18.1 RD 980/2013 poco aclara, pues remite al art. 233.1 LC, ahora reformado).

b) Aceptación

Una vez comunicada al Notario la designación, este deberá ponerse en contacto con el MC para solicitar su aceptación, que una vez realizada también ha de comunicarse al portal (puede entenderse cinco días para aceptar, art. 344.2 RRM). Se supone que al aceptar una persona jurídica comunica la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo (en otro caso, no se debe considerar aceptado). Al aceptar el nombramiento, el MC deberá facilitar al Notario una dirección de correo electrónico que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 29.6 LC, en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación (art. 233.2 LC). No parece que el Notario deba verificar las

características técnicas de la dirección de correo electrónico, y será responsabilidad del MC su cumplimiento (puede crear una dirección específica para cada mediación). Se plantea la cuestión de si esa aceptación ha de ser presencial por comparecencia del MC ante el Notario (lo que puede ser un problema, si tenemos en cuenta que el primer ámbito territorial para la designación ya es la provincia, art. 19.3 RD 980/2013) o si basta con la comunicada por correo electrónico. Del art. 233.1.II LC parece desprenderse la necesidad de un acta de nombramiento (puede ser una diligencia en el instrumento antes indicado), que constituye propiamente la apertura del expediente (art. 12.1 RD 892/2013), y por eso la comparecencia debería ser personal. En ese momento, además, el Notario deberá entregarle la documentación recibida del deudor, sin perjuicio de conservar copia en el expediente.

c) Honorarios

El art. 233.1.II LC señala que en el acta de nombramiento del MC se deberá fijar su retribución; el problema es quién la determina, en particular, si esa tarea corresponde al Notario, de forma análoga a lo que ocurre con el JM respecto del AC (art. 34.3 LC, con la posibilidad de su impugnación), o por la remisión al régimen de los expertos independientes y el RM, que permite fijar solo los criterios para su cálculo (art. 340.3 RRM; en ocasiones, mediante la simple reproducción de la norma del RRM, v. SAP Girona [1] de 24 de marzo de 2011, rec. 568/2010). Sin perjuicio de que el desarrollo reglamentario previsto permita una aclaración definitiva, creo que el Notario debe controlar solo en líneas generales la aplicación del arancel por parte del MC, que de momento se ha de regir por la DA 2.ª RDL 1/2015, que establece una importante reducción en las bases previstas para el AC en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre. De acuerdo con esas bases, el MC ya se entenderá con el deudor, sin que el Notario deba resolver las diferencias que surjan entre ellos. En el expediente no hay fases que se puedan diferenciar, ni intervención/suspensión de las facultades del deudor, pero sí una posible revisión del pasivo (y consiguiente base) cuando el MC tenga conocimiento por cualquier otro medio de la existencia de más deudas. Respecto de los informes, parece que ha de pagarlos el MC con cargo a sus honorarios cuando sea él quien los encargue, pues la regla de exclusividad impide percibir otras cantida-

des, salvo los gastos de desplazamiento. Una vez fijadas esas reglas de cálculo en el acta de nombramiento, la duda es si el MC puede exigir una provisión de fondos para seguir con el encargo, con la consiguiente demora (no es aplicable la garantía arancelaria del AC, art. 34.2.c LC). Es razonable que el MC pueda exigir el pago previo de sus honorarios, pues no basta con asegurar su carácter de crédito contra la masa en un eventual concurso (art. 242.2.3.ª LC, donde han de ser tratados como costas del concurso; art. 178.bis.2 LC; por remisión, art. 348.2 RRM, para el experto independiente), y también podría aplicarse la regla del art. 8 RD 1860/2004 para el abono de un 50 % dentro de los cinco días siguientes a la aceptación y el 50 % restante, dentro de los cinco días siguientes a la terminación del expediente por acta o por elevación a escritura pública del AEP. No está claro qué puede cobrar el MC por la supervisión del cumplimiento del AEP (v. art. 9.1 RD 1860/2004). Recordemos que en el concurso consecutivo posterior, cuando el MC sea nombrado AC, no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de AEP (art. 242.2.2.ª.I LC), habiendo suprimido la salvedad de la redacción anterior que confería al JM la posibilidad de acordar otra cosa, «*atendidas circunstancias excepcionales*». No obstante, la salvedad inicial de la «*justa causa*» quizá se pueda entender referida tanto al nombramiento como a la retribución (aunque es argumento de peso en contra la supresión del inciso indicado). Téngase en cuenta que, en la nueva regulación del concurso consecutivo, este ya no se abre necesaria y simultáneamente por la fase de liquidación cuando lo insta el MC, sino que es posible presentar una propuesta anticipada de convenio. Por otro lado, en el expediente de AEP no hay fase de liquidación; de ahí que no haya podido fijarse antes la remuneración para esa fase. Entiendo, por ello, que la existencia de una fase específica de convenio, o el simple hecho de tener que desempeñar una actividad relevante propia de la liquidación, constituye justa causa para fijar una retribución como AC, que ya viene rebajada, si se entiende que la retribución percibida en el AEP equivale a estos efectos al parámetro de la retribución propia de la fase común (art. 9.2 RD 1860/2004).

IX. COMUNICACIONES OFICIALES A CARGO DEL NOTARIO

a) *Contenido de la comunicación*

No corresponde al MC hacer las comunicaciones que podríamos considerar oficiales por inicio del expediente, pues son competencia del Notario. Estas comunicaciones han de hacerse por el Notario tan pronto se extienda el acta de nombramiento del MC. Según el texto del art. 233.3 LC, la comunicación se hará mediante certificación o copia, pero no creo que deba ser de todo el expediente, que incorpora abundante documentación (p. ej., las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios) e información (lista de acreedores, ingresos previstos). Por eso creo que se debe extraer la información a comunicar y limitarla a los datos que recoge el art. 13 RD 892/2013 para el RPC, es decir: identidad del deudor, incluido su NIF; fecha de presentación de la solicitud; fecha de admisión de la apertura del procedimiento; fecha de aceptación del MC; identidad del MC, incluido su NIF y la dirección de correo electrónico en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación. Y parece conveniente añadir el número de expediente o de acta. A continuación se indican los diferentes destinatarios de la comunicación.

No corresponde al Mediador Concursal hacer las comunicaciones que podríamos considerar oficiales por inicio del expediente, pues son competencia del Notario. Estas comunicaciones han de hacerse por el Notario tan pronto se extienda el acta de nombramiento del mediador

b) *Registros de bienes*

Se tratará del Registro de la Propiedad —RP—, pero también del Registro de Bienes Muebles o de buques/aeronaves y de la Oficina Española de Patentes y Marcas, todo ello según la información que haya suministrado el propio deudor. No ha de proceder el Notario a una comprobación adicional en los índices registrales sobre otros posibles bienes inscritos. Por otro lado, solo se trata de registros públicos, es decir, no se comunica a la sociedad para registro de socios o de acciones nominativas, ni a la sociedad

encargada del registro de valores anotados en cuenta. La anotación preventiva puede devengar los oportunos honorarios, que habrá de abonar (en su caso, anticipar) el deudor. Aunque subsiste la incomprensible discrepancia entre los arts. 5.bis.4 y 235.2 LC, de manera que en el primero la suspensión de ejecuciones solo afecta a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, mientras que en el segundo la suspensión beneficia a todo el patrimonio del deudor, y que, en mi opinión, debe resolverse en favor de la segunda como regla especial, la revelación por el propio deudor en la misma solicitud del carácter necesario del bien o de su condición de vivienda habitual también es importante en el AEP. En este sentido, la suspensión de ejecuciones no afecta a los acreedores con garantía real, salvo que se trate de esos bienes, y por eso, cuando sean bienes inscritos, el Notario deberá destacar esa circunstancia en la comunicación. La eventual discrepancia debe resolverse por el JM competente para conocer del concurso.

c) *Registro Civil*

En caso de persona física. Cuando se trate de un extranjero, será necesario practicar previamente una anotación del nacimiento que sirva de soporte a la marginal y que será cancelada cuando desaparezca la situación que la motivó (RDGRN de 15 de abril de 2013). El art. 238.2 LC solo ha previsto la comunicación del cierre del expediente al RB, sin mencionar el RC, pero parece conveniente hacerlo (analogía art. 177 LC).

d) *Juzgado Mercantil*

Ha de comunicar al JM competente para la declaración del concurso, y para su identificación el Notario ha de aplicar el criterio del domicilio determinante de su propia competencia o atender al centro de los intereses principales del deudor. Queda a criterio del Notario hacer una doble comunicación en los términos antes indicados, ante el riesgo de que un acreedor pueda optar durante el período de tres meses por dirigirse al otro. Cuando sean varios los JJMM de una misma población, ha de comunicar al Juez decano para su reparto (art. 167 LOPJ y arts. 68 y ss. LEC). De prosperar la reforma de la LOPJ, actualmente en trámite en el Congreso de los Diputados, la competencia para el concurso de persona natural que no



sea empresaria corresponderá al Juzgado de Primera Instancia —JPI.

e) *Registro Público Concursal*

De acuerdo con el art. 233.3 LC, ha de ser el Notario quien ordene su publicación en el mismo (también, art. 13.1 RD 892/2013), pero el art. 5.bis.3 LC parece insinuar que es el SJ quien ordena la publicación en este registro del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación recibida del Notario. En mi opinión, el Notario debe comunicar al RPC, con independencia de lo que ordene después el SJ, y siempre a la espera del desarrollo reglamentario prometido en el art. 5.bis.3.I LC.

f) *Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Tesorería General de la Seguridad Social*

Asimismo, el Notario dirigirá una comunicación por medios electrónicos a estos organismos a través de los medios que habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor, con su nombre y NIF; la del mediador, con su nombre, NIF y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por este (art. 233.4 LC; cfr. art. 21.4.III LC). Para el tratamiento de los créditos de derecho público en el AEP, se ha de estar a lo previsto en la DA 7.ª LC, que encomienda al deudor la solicitud de aplazamiento/fraccionamiento.

g) *Representación de los trabajadores*

Solo si la hubiere (dato que habrá de suministrar el deudor, aunque no se destaque en la información que entrega según el art. 232.2 LC), haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento. Llama la atención esta referencia a una personación, que no se contempla como tal para los acreedores y que se inspira en el art. 21.4.III LC, donde se habla de su personación «*como parte*». Pero en el concurso hay partes (art. 184 LC), cosa que no ocurre en el AEP, donde solo están deudor y acreedores, que no son «parte» de un procedimiento, sino participantes en el mismo en orden a la obtención del AEP, sin perjuicio de constituirse como parte en una eventual impugnación futura. No alcanzo a comprender qué superior presencia ha de tener la representación de los trabajadores en el expediente frente

al Notario o el MC, fuera estrictamente de la posibilidad de obtener información directa sobre el estado del mismo. Cuestión distinta es la obligación de información y consulta del empresario de conformidad con la normativa laboral; incluso la necesidad de solicitar informe previo a la ejecución, cuando el Plan de Viabilidad previera alguna incidencia sobre el empleo, pero no son requisitos del procedimiento como tal, sino obligaciones del empresario.

h) *Juez Civil*

No hay comunicación al JPI, aunque conste por la información del deudor que algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, con identificación del procedimiento y el estado de las actuaciones. Cuestión distinta es que el propio deudor haga constar en ese procedimiento la existencia del expediente para la paralización temporal.

i) *Otros registros públicos*

Cuando se trate de empresarios inscribibles pero no inscritos en el RM, considero improcedente comunicación alguna al RM, precisamente por la falta de inscripción previa y la no necesidad de obtenerla para tramitar el expediente.

X. **INTERRUPCIÓN Y FINALIZACIÓN ANTICIPADA DEL EXPEDIENTE**

a) *El papel del Notario una vez el Mediador Concursal comienza su tarea*

Con carácter previo, conviene reparar en la separación de funciones entre el MC y el Notario. El verdadero protagonista del expediente es el MC, y el Notario solo cumple un limitado papel director, especialmente al comienzo del mismo. Es el Notario quien valora la idoneidad del deudor para acceder al AEP, quien debe realizar el trámite de nombramiento de MC y hacer las comunicaciones oficiales del comienzo. A partir de ese momento su intervención queda muy limitada. Como regla, no le corresponde controlar ni supervisar la actuación del MC, y solo vuelve a intervenir (entiéndase *obligatoriamente*) en ocasiones muy precisas. Es el MC quien se encarga de gestionar el logro de un AEP, y para ello no solo ha de redactar una propuesta, sino que también ha de acometer bajo su responsabilidad otras tareas complementarias, como comprobar los datos y la documentación aportados por

el deudor (cuyo complemento, subsanación o corrección podrá solicitar, art. 234.1.I LC), completar la lista de acreedores presentada por el deudor (art. 234.1.II LC) y establecer el valor real de las garantías, para lo cual deberá obtener los oportunos informes (arts. 94.5 y 232.2.III LC). El MC no ha de dar cuenta de estas actuaciones al Notario durante el curso de las negociaciones, sin perjuicio de reseñarlas en la escritura final del AEP y de entregar la nueva documentación al Notario para su incorporación al expediente y darle así publicidad. A diferencia del mediador común, no ha de haber una sesión informativa previa (art. 17 Ley 5/2012, de 6 de julio), ni una sesión propiamente constitutiva de inicio del procedimiento (art. 19 Ley 5/2012). La única reunión prevista es la de aprobación del AEP (art. 237 LC). Esto no impide, lógicamente, que el MC despliegue su actividad en la forma que considere oportuna, con las reuniones e intercambios que precise, que no han de estar supervisados ni hacerse a través del Notario. Tampoco está previsto un deber de colaboración e información del deudor similar al del concurso (art. 42 LC, salvo el requerimiento de subsanación antes indicado, para el que no se ha dispuesto relevancia alguna en una ulterior calificación culpable del concurso —art. 165.2.º LC—), ni un trámite de comunicación y reconocimiento de los créditos que permita a los acreedores dirigirse al MC o al Notario para la rectificación de la lista, salvo lo antes indicado sobre el valor de las garantías. Aunque las posibilidades de actuación del MC en este punto son limitadas y su dependencia de la información suministrada por el deudor es excesiva, el AEP tiene efectos expansivos a todos los acreedores, aunque se hayan omitido en la lista (siempre podría impugnarse el AEP, art. 239 LC). Tampoco son obligatorias más comunicaciones a los acreedores que las previstas en la LC, centradas en la convocatoria de la reunión para aprobar el AEP (art. 234.1.II LC), la comunicación de la propuesta de acuerdo y, en su caso, de la contrapropuesta aceptada por el acreedor (art. 236 LC; solo la convocatoria a la reunión determina el efecto postergador del art. 237.1 LC). No obstante, según se ha indicado, también será necesario comunicar a los acreedores con garantía real el valor de su garantía.

b) *Interrupción de oficio por el Notario*

A la vista de lo anterior, resulta muy difícil que el Notario pueda interrumpir la

tramitación del expediente. Con carácter general, y para todos los requisitos exigidos, no se ha previsto un trámite de oposición posterior a la admisión, ni siquiera la posibilidad para un acreedor de personarse ante el Notario y acreditar que falta alguno de aquellos. Una vez admitida la solicitud, ya no cabe marcha atrás por parte del Notario, salvo algún supuesto excepcional de constancia indubitada de la infracción de alguna prohibición, como sería el haber admitido a trámite con anterioridad una solicitud de concurso, aunque se desestime después de la petición de AEP, o la existencia de una condena penal firme inadvertida por ausencia o error en el certificado de penales. En estos casos, el Notario debe interrumpir de oficio el expediente, aunque ya se hubiera nombrado MC, sin que el concurso posterior sea consecutivo ni se pueda considerar «intentado» el AEP de cara a la exoneración del pasivo insatisfecho. También deberá comunicar su decisión al RPC para el cierre de la sección y al JM. De todos modos, aunque el expediente continuara, no constituye motivo de impugnación del acuerdo y solo podría invocarse en la declaración posterior de concurso para evitar el concurso consecutivo o la calificación de AEP «intentado».

Resulta muy difícil que el Notario pueda interrumpir la tramitación del expediente. Con carácter general, y para todos los requisitos exigidos, no se ha previsto un trámite de oposición posterior a la admisión, ni siquiera la posibilidad para un acreedor de personarse ante el Notario y acreditar que falta alguno de aquellos

c) Interrupción a instancia del Mediador Concursal y supuestos de finalización anticipada

No corresponde al MC instar la interrupción del expediente por haber descubierto la concurrencia de alguna prohibición no tenida en cuenta por el Notario, y mucho menos declarar la interrupción por su cuenta. Es responsabilidad del Notario haber aceptado la puesta en marcha del expediente en esas condiciones, sin perjuicio de que el MC le comunique esa incidencia al Notario para que actúe en la forma pre-

venida en el apartado anterior. Cuestión distinta es la posibilidad de una finalización anticipada del expediente. La finalización normal del expediente, a reserva de la posterior fase de cumplimiento del AEP, tendrá lugar con la elevación a escritura pública del AEP o con la constatación mediante acta del rechazo de la propuesta en la reunión de acreedores. En ambos casos, el AEP se habría «intentado» de cara a un concurso posterior (por incumplimiento del AEP, en el primero); en el segundo, el MC debe solicitar inmediatamente del JM competente la declaración de concurso consecutivo (en su caso, también conclusión *ex art. 176.bis LC*), que el JM acordará también de forma inmediata, siempre que el deudor continuara incurrido en insolvencia (art. 238.3 LC; aunque el concurso es necesario, creo que el JM ha de valorar la insolvencia como si fuera voluntario —art. 14 LC—, y de ahí la inmediatez). No obstante, es posible una finalización anticipada del expediente, es decir, antes de la reunión de los acreedores, en los siguientes casos:

— Cuando el MC, antes de transcurrido el plazo de diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo (art. 236.3 LC), tenga constancia de que han decidido no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el AEP (art. 236.4 LC; pero los acreedores convocados —que están obligados a asistir a la reunión— pueden manifestar su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión, art. 237.1 LC; como puede verse, ambos preceptos no están bien coordinados, ya que establecen plazos distintos y consecutivos, pues la antelación mínima es de veinte días —art. 236.1 LC—; por eso, la cuestión es que el MC ya sepa antes de la reunión que la mayoría no es posible, con independencia de cuándo se lo hayan comunicado, mayoría que ha de calcular en función de la propuesta de acuerdo —o contrapropuesta aceptada por el deudor—, según el art. 238.1 LC). En este caso, el MC no ha de esperar a la reunión y levantará la correspondiente acta, considerándose «intentado» el AEP. Sin embargo, cuando el MC entienda que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente (art. 236.4 LC en su actual redacción, ya que, en la anterior, no mencionaba la insolvencia), deberá instar el concurso

consecutivo (aunque la ley no insista en su declaración «inmediata», creo que se aplica la regla de antes).

- No está previsto en la ley, pero es posible que el MC agote el plazo del art. 236.1 LC sin haber obtenido el consentimiento del deudor a ninguna de las propuestas de acuerdo que le haya presentado, en cuyo caso no tiene sentido convocar la reunión y seguir con el expediente. Así lo hará constar en acta y no se podrá considerar «intentado» el AEP. Tampoco tengo muy claro que el MC esté legitimado en este caso para instar el concurso, pues no se trataría de concurso consecutivo, sino ordinario (la imposibilidad de alcanzar el AEP del art. 242.1 LC ha de estar del lado de los acreedores, no porque el deudor impida de hecho la presentación de una propuesta).
- Muy excepcionalmente, puede ocurrir que el MC detecte la existencia de graves irregularidades en la documentación presentada por el deudor que no le permitan con fiabilidad determinar el pasivo total y, con ello, las bases de cálculo de la mayoría, sin que el deudor proceda a la subsanación en un plazo razonable para continuar con el expediente. Entiendo que el MC debe suscribir entonces un acta de finalización, con los mismos efectos del supuesto anterior.
- Aunque estas actas no estén previstas entre las que debe extender el MC (arts. 236.4, 238.3 y 241 LC, en relación con los arts. 13.2 —aunque no se entiende mucho la remisión al art. 235.6 LC, que ahora es el apartado 5— y 14 RD 892/2013), la regla general en la mediación es que el acta final debe reflejar la finalización por cualquier causa (art. 22.2 Ley 5/2012). También parece aconsejable que todas estas actas de finalización anticipada tengan carácter notarial. En todo caso, una copia de las mismas se ha de archivar en el expediente de la Notaría. En ningún caso el Notario ha de cuestionar la decisión del MC y deberá proceder a la oportuna comunicación ulterior al RPC. En este sentido, el art. 14.5 RD 892/2013 parte de la idea errónea de que todo supuesto de imposibilidad de alcanzar un AEP determina el concurso consecutivo (distinto el incumplimiento del AEP, art. 241.3 LC), pero es posible que el acuerdo no se consiga y el expediente termine sin



haber declarado el concurso, ya sea porque el MC considere que no existe realmente una situación de insolvencia o porque el MC no esté legitimado para instar un concurso que habría de ser ordinario (no consecutivo), pero en estos casos también se debe proceder al cierre de la sección tercera en el RPC. Aunque no esté previsto, creo que el Notario, en todos los supuestos de finalización normal o anticipada del expediente, debe hacer la oportuna comunicación al RPC y al JM, salvo que el MC declare que procederá a instar inmediatamente el concurso.

d) Desistimiento

Por último, hay que plantearse si el deudor puede desistir del expediente en marcha por haber admitido el Notario la solicitud, lógicamente, antes de haber logrado el AEP, esté o no elevado a escritura pública (si el deudor desiste justo después del acuerdo, en realidad estaría manifestando su voluntad de incumplir, y el MC debería obrar en consecuencia, art. 241.3 LC). Como regla, el deudor siempre puede interrumpir el expediente mediante la petición de concurso voluntario (no sería consecutivo, ni AEP intentado), pues no le afecta el plazo de tres meses (art. 15.3 LC), pero ahora interesa determinar si también puede hacerlo sin necesidad de buscar la declaración de su propio concurso. Cuando aún no se haya producido la aceptación del nombramiento, es obvio que sí, pero exigirá por parte del Notario una comunicación inmediata al MC para evitar que dicha aceptación se produzca. El problema surge cuando el MC ya ha dado inicio a su labor, pues el deudor pierde parte de su soberanía para instar el concurso, especialmente cuando la insolvencia se reconoce como inminente, pues, según hemos visto antes, el MC está legitimado y tiene la obligación de hacerlo. Por tal motivo, el deudor solo podría desistir del expediente por comparecencia directa ante el Notario, sin necesidad de recabar su propia declaración de concurso y sin que el MC esté legitimado para pedirlo, antes de la reunión que deba aprobar el acuerdo (y que, lógicamente, se habría de desconvocar por el MC), pero también antes de que el MC haya constatado que el acuerdo no es posible porque la mayoría de los acreedores ha decidido no continuar con las negociaciones, pues podría interferir ese desistimiento en la obligación del MC de instar el concurso

consecutivo. Por eso, para aceptarlo, el Notario debería consultar antes al MC cuál es el estado de la tramitación. En todo caso, el acta de finalización (notarial, estimo) del expediente ha de corresponder al MC, donde deberá indicar que no le corresponde instar la declaración de concurso del deudor, por no concurrir alguno de los supuestos legales ni tratarse de concurso consecutivo. Sobre la base del acta, el Notario habrá de comunicar el cierre del expediente tanto al JM que habría de tramitar el concurso como al RB, para la cancelación de las anotaciones practicadas (sin perjuicio de su caducidad, v. *infra*), así como al RPC, para el cierre de la sección. En un eventual concurso futuro, no se podría considerar «intentado» el AEP de haber mediado este desistimiento.

El Mediador Concursal redactará la convocatoria y proporcionará al Notario la lista definitiva de destinatarios. No le corresponde al Notario verificar si el contenido es el correcto, ni cotejar con la documentación del deudor para comprobar si están todos los acreedores y por la cifra correcta. El eventual control de regularidad es judicial

XI. OTRAS POSIBLES COMUNICACIONES POR CONDUCTO NOTARIAL

A lo largo de la exposición ya se han indicado otras comunicaciones que deben hacerse en el expediente, pero por el MC. Así, dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo, convocará al deudor y a los acreedores a una reunión que se ce-

lebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación en la localidad donde el deudor tenga su domicilio (art. 234.1 LC). Solo se excluye de la convocatoria a los acreedores de derecho público. Esta convocatoria no incorpora la propuesta de acuerdo, que se ha de remitir después, con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión (art. 236.1 LC, o su versión definitiva, art. 236.3 LC). También, aunque no esté prevista en la ley, está la comunicación a los acreedores garantizados del valor de su garantía. En todos estos casos, se trata de una comunicación privada a cargo del MC, que podrá hacerse por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrito, que asegure la recepción (disyuntiva que añade el RDL 1/2015), y si constare la dirección de correo electrónico de los acreedores por haberla aportado el deudor o facilitado aquellos al MC, deberá realizarse a la citada dirección electrónica (art. 234.2 LC). De optar por el conducto notarial, lo normal es que corresponda al mismo Notario que dirige el expediente, pero tampoco es una imposición, ya que es distinta de las otras comunicaciones «oficiales», y por eso devenga honorarios por sí misma, honorarios de los que habría de hacerse cargo el MC. Vale por eso cualquier Notario que escoja el MC. No creo que se trate de un acta de notificación (art. 202 y ss. RN), sino que basta con un acta de remisión de documento por cualquier medio de comunicación, individual y escrito, sin derecho a contestar; distinción importante, porque evita acudir al exhorto notarial, con el consiguiente incremento del coste (art. 201 RN). Ni por parte del Notario que haga el envío, ni del que dirige el expediente, se ha de revisar la actuación del MC en este punto. Es decir, el MC redacta la convocatoria de conformidad con el art. 234.3 LC y será el MC quien proporcione al Notario la lista defini-



tiva de destinatarios. No le corresponde al Notario verificar si el contenido es el correcto, fuera de la mínima comprobación de los datos del art. 234.3 LC, ni cotejar con la documentación del deudor para comprobar si están todos los acreedores y por la cifra correcta. El eventual control de regularidad es judicial (art. 239 LC). Cuando el MC opte por otra vía, tampoco tiene que dar cuenta inmediata al Notario competente de haber realizado la convocatoria, pues de todo esto se dejará constancia en la escritura del AEP, si finalmente se consigue.

XII. LA REUNIÓN DE LOS ACREEDORES

El acta de la reunión ha de ser privada y deberá redactarse por el MC, sin perjuicio de que se firme por los asistentes. En ella se dará cuenta de las manifestaciones previas a favor o en contra de la propuesta a efectos del escrutinio final. Nada impide que se levante un acta notarial, que sería de presencia, no de junta, al no tratarse de la reunión de un órgano. El requerimiento habría de hacerse por el MC, en su caso, conjuntamente con el deudor, y nuevamente su minutación será independiente, a cargo del MC.

XIII. LA ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DEL ACUERDO

a) Notario autorizante de la escritura

Resulta extraña la posibilidad de que el AEP se eleve a escritura pública por un Notario distinto al del expediente, pero no es una opción que deba excluirse. De hecho, esa disociación es connatural al expediente tramitado por el RM/COC (art. 238.2 LC). En tal caso, el Notario autorizante debería comunicar el otorgamiento al otro Notario responsable del expediente para hacer las comunicaciones posteriores por cierre del mismo. Pero, además, el MC tendrá que entregar a este último una copia autorizada de la escritura para su incorporación al expediente, ya que la publicidad del mismo se articula desde la Notaría responsable de su tramitación, no por la que autoriza la escritura, cuando ambas no coincidan.

b) Otorgantes de la escritura

La escritura se otorga por el deudor y el MC, sin que sea necesaria la comparecencia de todos los acreedores adheridos, aunque esto suponga apartarse del criterio propio

de la mediación, donde son las partes las que elevan el acuerdo a escritura pública, sin que sea necesaria la presencia del mediador (art. 25.1 Ley 5/2012). Es evidente que no se puede exigir la presencia de todos los afectados, y también, por tanto, de los acreedores disidentes, exigencia que en la práctica haría imposible el otorgamiento, si uno decide no colaborar, pero tampoco de los favorables al AEP, requisito poco compatible con la posibilidad reconocida a los acreedores de hacer manifestaciones de aprobación/oposición a distancia y antes de la reunión (art. 237.1 LC). En la mediación concursal prevalecen los aspectos procedimentales de un acuerdo adoptado por mayoría sobre la voluntariedad propia del arreglo negociado, aunque sea con la mediación de un tercero. La intervención del deudor garantiza así su consentimiento al plan finalmente aprobado, ya que en la reunión pueden introducirse modificaciones sobre el texto aceptado antes (art. 237.2 LC). En cambio, la de los acreedores viene suplida por haberse gestado el AEP con arreglo a los requisitos legales y por la intervención del MC. La presencia de este último marca una diferencia esencial con el AR, donde no hay alternativa al otorgamiento del instrumento público por todos los interesados, pero no debemos olvidar que en el AR prepondera la consideración como negocio voluntario, al menos hasta que se inicia el procedimiento para conseguir su homologación judicial, que es la que permite fundar la extensión de los efectos a los no adheridos, mientras que el AEP constituye un procedimiento con eficacia expansiva desde el principio. Por eso el AEP no se formaliza directamente en escritura (cfr. AR art. 71.bis.1.b.3.º LC), sino que se eleva a escritura pública el AEP previamente adoptado por la mayoría de los interesados, con el asenso del deudor. Consecuentemente, aunque el art. 242.2.5.ª LC aluda a los acreedores firmantes, no ha de entenderse en el sentido de «firmantes» de la escritura, ni siquiera del acta de la reunión, sino como adheridos al acuerdo (quizá antes de la reunión). No obstante, excepcionalmente, puede ser necesario el consentimiento expreso de algunos acreedores, fuera de los actos de ejecución singular que después se indican. En concreto, el art. 236.1.III LC, después de señalar que el AEP no puede consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, deja a salvo esta última opción, siempre que los acreedores postergados consientan expresamente. En

este caso, parece conveniente que estos acreedores también firmen la escritura.

Fundamentales son las medidas convenidas entre la mayoría de los acreedores y el deudor para superar la situación de insolvencia de este último y que habrán de especificarse con el necesario detalle, según el catálogo de propuestas del art. 236.1.I LC

c) Contenido de la escritura

El punto fundamental es el contenido del AEP, es decir, las medidas convenidas entre la mayoría de los acreedores y el deudor para superar la situación de insolvencia de este último, que habrán de especificarse con el necesario detalle, según el catálogo de propuestas del art. 236.1.I LC (catálogo no exhaustivo, según indico *infra*). El plan de pagos adjunto a la propuesta también habrá de unirse a la escritura (art. 236.2 LC); en dicho plan se detallarán los recursos previstos para su cumplimiento, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del deudor. Aunque la exigencia de un plan de viabilidad parece general, creo que está limitada a los casos en que el deudor ejerza una actividad profesional o empresarial y se cuente con los ingresos de la misma para atender el cumplimiento (por eso coincide con el plan de continuación de la actividad, art. 236.2 LC). En este plan se especificarán los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. También recogerá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia (su trascendencia es relativa; poco importa que el deudor después gaste más en concepto de alimentos, si el AEP se cumple íntegramente; en caso contrario, no hay una presunción de culpabilidad equiparable a la del art. 164.2.3.º LC, pero siempre podría entrar por la causa general del art. 164.1 LC, al haber agravado su insolvencia con un gasto que se puede reputar excesivo, según el mismo AEP). En su caso, también se puede incorporar una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de



las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. No está permitido alterar las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión (art. 237.2 LC). De donde se desprende que los asistentes podrían pactar para ellos otras condiciones distintas, haciendo que el AEP tuviera un contenido desigual.

Pero no solo interesan esas medidas y los planes y previsiones complementarios. Desde la aceptación del MC, el procedimiento se ha seguido al margen del expediente en poder del Notario, y se hace necesario completar la información de ese expediente de cara a su publicidad íntegra. En tal sentido, corresponde al MC la narración en la escritura de todos los hitos del proceso que son de su incumbencia, desde la convocatoria de la reunión, pasando por la comunicación de la propuesta, las eventuales propuestas alternativas/modificación de los acreedores recibidas y la remisión de la propuesta final, así como el detalle de la aprobación. Esto último exigirá la identificación individual de cada acreedor convocado (otra vez, pensemos en la posible postergación en el concurso consecutivo —art. 237.1 LC—, con la excepción genérica de los acreedores con garantía real, parece que también por la parte que exceda del valor de la garantía), de todos los acreedores que se hayan manifestado con anterioridad a la reunión y de la lista de asistentes completa, con la indicación del voto de cada acreedor y el resultado del escrutinio final. En particular, deberán estar identificados los titulares de créditos con garantía real y el valor de sus garantías. Corresponde al MC determinar con esa información la base de cálculo y el porcentaje que representan los votos favorables y las adhesiones previas, en su caso, sobre la base separada del valor total de las garantías otorgadas, y en función de esos porcentajes, fijar el contenido del AEP vinculante (arts. 238 y 238.bis LC). No es necesario incorporar a la escritura toda la documentación que acredite estos extremos; bastará con dejarla unida al expediente (cfr. art. 72.6.3.º LC, ya que en AR no hay propiamente un expediente en poder de un tercero —ahora, Notario— que conserve toda la documentación relevante).

d) Actos de ejecución del acuerdo

La mera aprobación del AEP, aun antes de su formalización pública y sin esperar al

resultado de una eventual impugnación, tiene un efecto paralizante de cualquier reclamación de los acreedores afectados (los anteriores a la comunicación de la apertura del expediente, art. 240.1 LC), en orden principalmente a su aplazamiento, rebaja o extinción. Para recuperar la posibilidad de reclamar por dichos créditos, antes será necesario declarar el incumplimiento del AEP, pero esta declaración supondrá la inmediata declaración de concurso consecutivo a instancia del MC, con la consiguiente paralización (hay excepciones, art. 56 LC) de ejecuciones (v. *infra*). Pero esto no significa que el AEP sea autoejecutivo, sin más trámite que su formalización pública. Hay efectos específicos cuya consumación exige una determinada actuación posterior del deudor, en su caso, conjunta con algún acreedor. Actuación que, en ocasiones, quizá demande sus propios requisitos documentales, que no quedan satisfechos con la simple elevación a escritura pública del AEP. En concreto, se pueden señalar:

- Aunque no corresponde al AEP que puede tramitar el Notario, el ejemplo más claro es la conversión de deuda en acciones o participaciones, que hará necesario el correspondiente aumento del capital en la sociedad deudora, respecto del cual se ha previsto la rebaja de las mayorías (DA 4.ª.3.3.º.ii LC), y más recientemente la presión indirecta sobre la socios por la posible calificación culpable en el concurso posterior (art. 165.2.1 LC, que ahora sí alude al AEP). Este aumento del capital habrá de seguir el régimen general societario, entre otros requisitos, con la correspondiente escritura de aumento del capital, y su fracaso supondría un incumplimiento del AEP.
- También se puede imponer al acreedor la cesión en pago de un bien, con la consiguiente extinción total/parcial de la deuda, solo cuando el bien no sea necesario para la continuación de la actividad (sí, por tanto, la vivienda habitual) y cuando su valor razonable calculado conforme al art. 94.5 LC (por error se cita el apartado 2) sea igual o inferior al crédito que se extingue (el informe de valoración puede ser posterior al AEP). Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. En estos casos, no creo que la cesión se pueda hacer contra la voluntad del cesionario, al que se estaría obligando

a pagar la diferencia (en otras palabras, a comprar). En los otros sí que es posible la imposición, aunque con mayorías muy reforzadas (75 % y 80 %). Cuando se trata de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el art. 155.4 LC, que tampoco aclara mucho para la cesión «dentro» del convenio, como no sea para permitir la cesión a la persona que designe el acreedor. Aunque por la simple eficacia del AEP el acreedor cesionario ya no estaría en condiciones de reclamar el pago del crédito así extinguido, eso no excluye que sea necesario un posterior título de adquisición que demande su colaboración, como puede ser una escritura de cesión, cuando se trate de bienes inscritos, que habrá de otorgarse por el deudor y el acreedor, sin intervención del MC (esta escritura sí que habrá de incorporar el informe de valoración).

- También es posible la cesión para pago en que se transmite al acreedor, que en realidad actúa por encargo, la posesión del bien y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de la deuda contraída con el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien cedido. No parece fácil llevar a cabo esta cesión sin la colaboración del acreedor, y requerirá actos de ejecución específicos no solo la futura transmisión, sino también el otorgamiento de los poderes necesarios para proceder a la liquidación.
- Pero el contenido del AEP no se limita a las medidas del art. 236.1.1 LC. Este es el contenido que se puede imponer a los acreedores, y por eso guarda cierto paralelismo con la DA 4.ª.3 LC. Pero, igual que el AR del art. 71.bis.1 LC, el contenido del AEP puede ser más amplio, sin perjuicio de que esas otras medidas no sean susceptibles de extensión subjetiva por la homologación posterior y solo puedan basarse en la adhesión individual del acreedor afectado. En particular, el AEP puede recoger el compromiso de algún acreedor de ampliar el crédito del deudor, en su caso, con la constitución de garantías complementarias. Estas medidas pueden exigir un nuevo

contrato que el deudor y el acreedor afectado habrán de celebrar al margen de la escritura del AEP, pero constituye un acto de ejecución del mismo. La matización es importante para quedar al amparo de la rescisoria concursal en un eventual concurso posterior (art. 238.4 LC), aunque el acreedor no disfruta en el concurso de las ventajas previstas para el *fresh money* en el AR (arts. 84.2.11.º y 91.6.º LC, que no citan el AEP, y tampoco está claro que un crédito concedido en el «marco» de un AEP se pueda equiparar al crédito «generado» durante la tramitación del expediente extrajudicial para ser considerado crédito contra la masa —art. 242.2.3.ª LC—, ventaja que, además, estaría limitada al 50 %, pues nada dice del privilegio general).

- Lo que no parece posible es el establecimiento de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (cfr. convenio concursal, art. 137.1 LC), y mucho menos pretender que estas medidas se inscriban en algún registro público. Distinto será que en el plan de pagos o viabilidad el deudor contemple la venta de algunos bienes o que se obligue a suministrar periódicamente cierta información al MC.

f) El control por parte del Notario

Surge la duda sobre el papel controlador del Notario en todas estas actuaciones del MC, en particular, cuando tuviera dudas sobre la existencia y cuantía de algunos

créditos, sobre el correcto intercambio de comunicaciones con los acreedores o en relación con el cómputo final de las mayorías (para la mediación en general, art. 25.2 Ley 5/2012). Personalmente, no creo que el Notario pueda rechazar la formalización del AEP porque considere que se han cometido infracciones de forma o de fondo, fuera de una manifiesta infracción de la mayoría necesaria en función del contenido del AEP. Todo lo que no sea esto queda fuera del control del Notario autorizante de la escritura.

g) Honorarios

No es aplicable la DA 5.ª LC, por estar referida exclusivamente a la escritura pública de formalización de un AR. No obstante, estimo que se trata de un documento sin cuantía, pero no sujeto a limitación por el número de folios. Los actos de ejecución del AEP que den lugar a escrituras independientes se minutarán según su naturaleza y cuantía propia.

XIV. COMUNICACIONES POSTERIORES A LA ESCRITURA PÚBLICA

Con la escritura tiene lugar el cierre del expediente, hecho que ha de comunicarse por el Notario al JM que hubiera de tramitar el concurso (en realidad, al que se comunicó antes la iniciación; en su caso, a los dos). Igualmente se dará cuenta del hecho por copia remitida al RB competente para la cancelación de las anotaciones practicadas, aunque no creo necesario expedir una

copia de la escritura para cada registro, y mucho menos autorizada, pues el AEP no se inscribe, solo se cancela la anotación preventiva (que, en realidad, debería considerarse caducada por el mero transcurso del plazo de tres meses, pues no hay razón para distinguir entre la medida sustantiva —paralización temporal de ejecuciones— y la propia vigencia temporal de la anotación; cfr. RDGRN de 6 de mayo de 2014). Bastará, por eso, con una comunicación suscrita y sellada por el Notario (en su caso, telemática), similar a la que provocó la anotación, que identifique el expediente y dé cuenta de su finalización, con los datos de la escritura. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el RPC por medio de un anuncio que contendrá: los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su NIF; el Notario competente; el número de expediente de nombramiento del MC; el nombre del MC, incluyendo su NIF, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido (art. 238.2 LC). El RDL 1/2015 ha eliminado la necesidad de publicar la existencia del AEP en el *BOE*, pero ha olvidado concordar la norma con la DA 7.ª LC, que sigue pendiente de una (inexistente) publicación en el *BOE* del AEP (sí para la declaración de concurso, art. 23.1.11 LC).

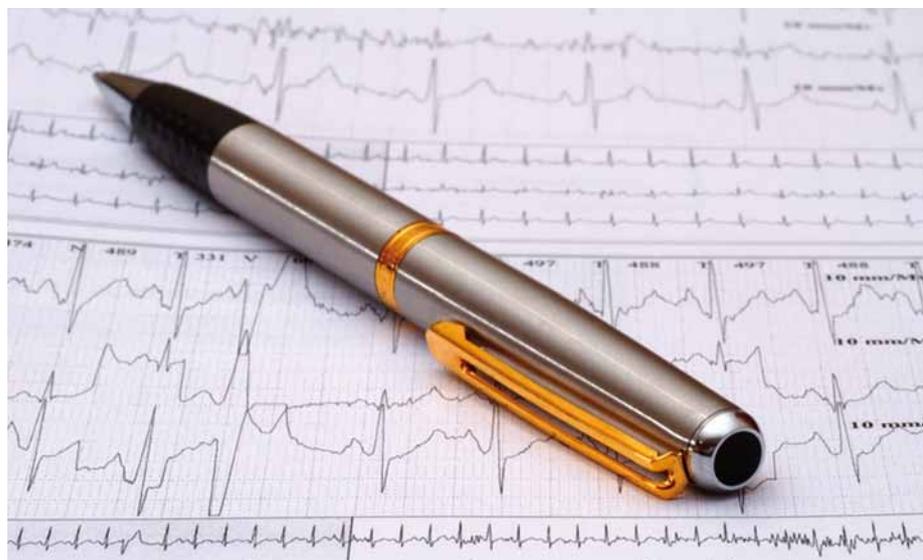
XV. INCIDENCIAS POSTERIORES AL ACUERDO, DOCUMENTACIÓN Y PUBLICACIÓN

a) Anulación del acuerdo

En caso de anulación por sentencia del AEP, solo se ha previsto su publicación en el RPC (art. 239.4 LC), y para ello será remitida desde los Sistemas de Gestión Procesal por el personal del JM, bajo la dirección del SJ (art. 14.2 RD 892/2013). No se contempla indicación alguna en el expediente (cerrado) en poder del Notario, y se procederá a la declaración del concurso como consecutivo (art. 239.6 LC, aparentemente sin más trámite, en particular, de comprobación de la insolvencia).

b) Cumplimiento del acuerdo

El MC hará constar el cumplimiento íntegro del AEP en acta notarial (art. 241.2 LC). El Notario no ha de ser necesariamente el mismo que tramitó el expediente, pero, de ser distinto, deberá aportarse una copia del





expediente al Notario que lo tenga. La comunicación al RPC corresponde al Notario que levante el acta (art. 14.3 RD 892/2013). Adviértase que no hay procedimiento para esta declaración, ni posibilidad de oponerse. Actúa solo el MC, que ha de entenderse permanece en el cargo, permanencia que se prolonga durante mucho tiempo, pues el AEP quedará cumplido cuando todos los acreedores afectados hayan cobrado en los términos del AEP, y esto puede suponer unos cuantos años (recordemos que las esperas tienen un límite de diez años, art. 236.1.1.a LC, pero son esperas sobre el plazo inicial que se alarga). Es de suponer que el deudor se dirigirá al MC para hacerle saber esta circunstancia, y sobre la base de esa información el MC hará la oportuna comprobación y el posterior requerimiento al Notario, solo para recoger su declaración. De todos modos, aunque se ha previsto incluso la publicidad de este hecho, tampoco presenta mucha trascendencia. A diferencia del cumplimiento del convenio en el concurso, cuya declaración es necesaria para la posterior conclusión del concurso que continúa abierto (art. 141 LC), el expediente de AEP realmente se cerró con la escritura pública y no hay un procedimiento abierto que se deba cerrar. La situación no es muy distinta a la del AR, donde solo importa la declaración de incumplimiento, mientras que la de cumplimiento es por completo irrelevante. Los acreedores habrán cobrado y estarán felices, poco más. Es un trámite (y un gasto) del que se podía haber prescindido.

El Mediador Concursal hará constar el cumplimiento íntegro del acuerdo en acta notarial. El Notario no ha de ser necesariamente el mismo que tramitó el expediente, pero, de ser distinto, deberá aportarse una copia del expediente al Notario que lo tenga

c) Incumplimiento del acuerdo

También se hará constar en acta por el MC. Aunque el art. 241.2 LC solo alude al acta notarial en caso de cumplimiento íntegro, mientras que habla de *acta* en este caso (art. 14.4 RD 892/2013), la relevancia de la declaración es semejante (realmente, ahora bastante mayor); de ahí que deba

exigirse idéntico requisito formal con la intervención del Notario. En todo caso, la comunicación al RPC sí que corresponde al Notario (necesariamente, el del expediente, de admitir el acta privada). Mientras no se declare ese incumplimiento, parece que los acreedores afectados no pueden instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar ejecuciones singulares, lo que realmente les pone en una situación muy comprometida, ya que no existe un procedimiento al que puedan acudir para liberarse del AEP mediante una declaración de incumplimiento que estén en condiciones de provocar (cfr. DA 4.ª.11 LC; de todos modos, los acreedores con garantía real, en la parte que no excede del valor real de la garantía, y siempre que no haya tenido lugar la extensión de efectos prevista en el art. 238.bis LC, pueden ejecutar su garantía en cualquier momento, pero con sujeción a ese límite). Solo pueden dirigirse al MC para que así lo declare después de haber comprobado el incumplimiento, pero entonces el MC debe instar el concurso consecutivo, sin comprobar el estado de insolvencia (según el art. 241.3 LC, se considera que está en estado de insolvencia por razón de dicho incumplimiento). Téngase en cuenta que el AEP se incumple solo con el impago de un acreedor (no se necesita más, pues el cumplimiento, o es total, o no es cumplimiento), en el plazo y condiciones previstas en el AEP, aunque su crédito sea insignificante y todos los demás estén pagados. Incluso el MC puede tener la convicción de que el deudor no está realmente en situación de insolvencia, pero la ley no le deja margen para evitar la solicitud de concurso. En todo caso, que decida el JM.

En cuanto a los efectos del incumplimiento, parece que la resolución del AEP tendría que haberse pactado expresamente (arg. ex DA 4.ª.11 LC; cfr. para el convenio art. 140.4 LC). Y de no ser así, la quita mantiene sus efectos en el concurso (salvo garantías reales, en cuyo caso debe aplicarse la regla de la DA 4.ª.11.III LC; un problema puede surgir cuando la ejecución se hubiera iniciado antes por la parte no sujeta al AEP, y con la ejecución en curso tiene lugar la resolución). Los pagos realizados con anterioridad al concurso consecutivo en los términos del AEP se deben presumir legítimos, salvo prueba del fraude, contravención al AEP o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (arg. ex art. 162.1 LC).

El art. 14 RD 892/2013 parece diferenciar, en sus apartados 4 y 5, entre el incumplimiento del AEP y el incumplimiento del plan de pagos, como si fueran cosas distintas, y hasta señala para las mismas un diferente régimen de comunicación (solo en el primer caso se comunicará por el Notario al RPC). No veo tal diferencia. Supongamos un AEP que solo estableciera una quita generalizada para todos los créditos, sin espera alguna. Un acuerdo de este tipo implícitamente incorpora el compromiso del deudor de pagar todos los créditos en las mismas fechas previstas antes del AEP, con independencia de que así se haya detallado (o no) en el plan de pagos. Si el deudor no paga a su vencimiento las cantidades rebajadas que correspondan, realmente estará incumpliendo el AEP, y no hay otro incumplimiento relevante.

d) Finalización sin acuerdo

Si la propuesta no fuera aceptada en la reunión y el deudor continuara incurrido en insolvencia, el MC solicitará inmediatamente la declaración de concurso y, en su caso, instará la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa, en los términos del art. 176.bis LC (art. 238.3 LC). Entiendo que el MC ha de hacer constar esta finalización (normal, no anticipada) en un acta notarial, donde se habrá de dar cuenta de la tramitación seguida, en particular, de los acreedores que fueron convocados y de los que asistieron a la reunión, o los que manifestaron antes su aprobación/oposición, por ser un dato fundamental en el posterior concurso consecutivo para la subordinación de algunos créditos (art. 237.1 LC). Deberá comunicarse el cierre al RPC (art. 13.2.II RD 892/2013). No se ha previsto la comunicación de esta circunstancia al RB, lo que me reafirma en que la caducidad de la anotación preventiva es automática pasados los tres meses.

e) ¿Finalización por el mero transcurso del plazo?

Los plazos en el expediente se han calculado para hacer posible su tramitación dentro del general de tres meses. Ahora bien, este plazo es de duración de los escudos protectores, centrados en la desactivación temporal del deber de solicitar el concurso voluntario y la legitimación de los acreedores para instar necesario (el deudor todavía dispone de un mes para hacerlo con preferencia, arts. 5.bis.5 y 15.3 LC), y en

la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones (art. 238.1 LC). Aunque resulte poco probable que el MC se arriesgue a ello, quizá no se deba excluir la posibilidad de que se produzca un pequeño retraso en la tramitación del expediente, por el cual la reunión de los acreedores tenga lugar superado ese límite (como la convocatoria se ha de hacer con mucha antelación —art. 234.1.II LC—, el retraso presupone un aplazamiento de la reunión convocada, debidamente comunicado a los acreedores). La cuestión es si un AEP demorado será válido y, sobre todo, vinculante para los identificados. Quizá la respuesta deba ser afirmativa, a la vista de la norma del art. 242.bis.9.º LC, que no hay razón para considerar excepcional (salvo que su justificación se busque exclusivamente en el recorte del plazo a dos meses), siempre que el MC considere posible alcanzar un acuerdo (entiendo que de forma inmediata). Aun así, el riesgo es muy alto, pues cualquier acreedor podría iniciar una ejecución (y, probablemente, quedar entonces fuera del AEP) o instar el concurso. Por eso es una opción que solo parece viable cuando el MC cuente con la posibilidad de obtener el consentimiento de todos los acreedores.

XVI. INTERVENCIÓN DE UN NOTARIO CUANDO EL EXPEDIENTE NO ES NOTARIAL

Aunque el expediente esté a cargo del RM/COC, el Notario también tiene intervención en el mismo. Puede ser a instancia del MC en todos los actos de intervención voluntaria, especialmente en las comunicaciones a los interesados, o con el acta de la reunión. Como ya se ha señalado, no son propiamente trámites del expediente, sino actuaciones notariales ordinarias, solo que en relación con un expediente de AEP, y por eso una copia de cada instrumento autorizado deberá aportarse al RM/COC para su incorporación al expediente. En cambio, la intervención del Notario es necesaria para la escritura de elevación a público del AEP y en las actas que dan cuenta de la finalización del expediente (sin duda, en la del art. 241.2 LC).

XVII. CONTROL EXTERNO

a) Control durante la tramitación del expediente

En primer lugar, hay que plantearse la posibilidad de un control de la competen-

cia funcional/territorial del Notario por el destinatario de las comunicaciones oficiales. Puede ocurrir que algún RB quiera aplicar a su modo el art. 100 RH en cuanto a la competencia y la congruencia del procedimiento y ponga en cuestión la decisión del Notario de aceptar la solicitud. No creo que pueda hacerlo, y mucho menos controlar otros requisitos, aunque alguno se le hubiera escapado al Notario. Tampoco respecto del JM procede revisar la competencia territorial, pues el SJ solo debe dejar constancia de la comunicación recibida y ordenar la publicación en el RPC.

La novedad que supone haber abierto el Acuerdo Extrajudicial de Pagos a las personas naturales no empresarias se combina con la incorporación de algunas especialidades al procedimiento general. Aunque no se trata de un procedimiento distinto, sí que estas especialidades obligan a discriminar los supuestos con claridad

b) Control posterior de los presupuestos

No corresponde al JM en la impugnación del acuerdo, ya que está limitada a la falta de concurrencia de las mayorías, a la superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC o a la desproporción de las medidas acordadas. No obstante, se podría colar por esta última cuando la desproporción resulte de una situación financiera del deudor no tan negativa. En cambio, sí que ha de ser posible por parte del JM con ocasión de la declaración del concurso consecutivo, pues este puede revisar la concurrencia efectiva de todos los presupuestos, cuando algún acreedor se oponga (nunca el deudor contra sus propios actos), para ordenar que se tramite como CO. Esta circunstancia puede incidir en la naturaleza del concurso (que no sea consecutivo, con la necesidad de nombrar un AC y nuevos honorarios), en la legitimación para instarlo (la pierde el MC), en la concurrencia del presupuesto objetivo (de considerar el JM que no debió abrirse el expediente de AEP, habrá de aplicarse el régimen general para constatar presupuesto objetivo en un CO) y hasta en la calificación de algunos créditos (poster-

gación de algunos, créditos contra la masa otros), o en el plazo de rescisión concursal (mejora la situación de los actos anteriores a la solicitud, por no aplicarse el art. 242.2.3.ª LC). Más discutible es que los pagos, actos o negocios realizados en ejecución del AEP puedan ser objeto de rescisión concursal, pues la regla del art. 238.4 LC no está condicionada expresamente a que el concurso posterior sea consecutivo.

XVIII. ESPECIALIDADES DEL ACUERDO DE PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA

a) Ámbito de aplicación

La novedad que supone haber abierto el AEP a las personas naturales no empresarias se combina con la incorporación de algunas especialidades al procedimiento general de AEP en el art. 242.bis LC. Aunque no se trata de un procedimiento distinto, sí que estas especialidades obligan a discriminar los supuestos con claridad, pues el AEP de la persona natural no empresaria ha de discurrir forzosamente según este sistema, y en los otros casos debe aplicarse el general, sin especialidades. No hay posibilidad de escoger. Por eso se ha de tener en cuenta que el concepto de *empresario* es muy amplio, a efectos del AEP, y que basta con tener la condición de empresario a los efectos de la SS, o con ser trabajador autónomo, para quedar fuera del especial (art. 231.1.II LC). Siendo así, un particular, por el mero hecho de tener una empleada de hogar, quedaría fuera de este último, aunque no desempeñe actividad económica alguna (tiene la condición de empresario, art. 10.1.7.º RD 84/1996, de 26 de enero, y art. 1.3 RD 1620/2011, de 14 de noviembre). Otro tanto ocurre con el familiar de un trabajador autónomo, pues también entra en la categoría cuando realice trabajos para el mismo de forma habitual y no tenga la condición de trabajador por cuenta ajena (art. 1.1 Ley 20/2007, de 11 de julio). Bastará con que concurra alguna de estas circunstancias para que el Notario no pueda aceptar su tramitación especial (y simétricamente, en su caso, la pueda aceptar el RM/COC), con independencia de que la mayor parte del pasivo no guarde relación con la actividad o esta ni siquiera exista (empleador en el servicio doméstico). La cuestión puede ser relevante cuando se pretenda una tramitación paralela de dos procedimientos por un mismo mediador (p. ej., los dos cónyuges); como veremos seguidamente, es posible en el especial, pues



respecto del empresario en este sentido amplio (en ocasiones, impropio) se deberá acudir a la designación de forma secuencial (salvo COC). Así como en el pasado la aplicación extensiva de aquella noción servía para dar entrada en el AEP a un mayor número de personas, quizá convendría con la nueva regulación una cierta flexibilidad, pero en sentido contrario, al objeto de permitir una tramitación del AEP más acorde con la verdadera situación personal del instante. De ser así, deberán incluirse todas las deudas, pues no hay separación entre las personales y las generadas por razón de la actividad. De todos modos, tampoco tengo tan claro que este procedimiento especial siempre sea para el deudor más beneficioso que el general y, en caso de duda, quizá sea el propio deudor el que quiera escabullirse de él.

b) *Carácter notarial del expediente*

El procedimiento es exclusivamente notarial y no se puede acudir al RM/COC; la competencia notarial se determina por las reglas generales ya examinadas.

c) *¿Asume el Notario la condición de Mediador Concursal y con qué alcance?*

El Notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designe, si lo estimase conveniente, un MC. Por tanto, el Notario ha de actuar de forma análoga al MC, pero la equivalencia no es completa. El Notario no es un MC, solo lo parece, y esa restricción se deja sentir en el expediente. Del mismo modo, aunque impulse la negociación, tampoco deja de actuar como Notario. Hay que diferenciar así entre las actuaciones correspondientes como Notario, que son las ya examinadas en el supuesto general, y las de impulso de las negociaciones, que coinciden con las propias del MC, pero allí donde el MC «impulsa» la negociación, nada más. Por eso no hay solapamiento de funciones, pues el alcance del control no es el mismo en uno y en otro papel. Así ocurre con la documentación aportada al comienzo, que como Notario verifica someramente para comprobar los presupuestos del expediente, pero como remedo del MC ha de comprobar después la existencia y la cuantía de los créditos. No solo eso: en el caso de créditos con garantía real, habrá de verificar el valor de dichas garantías en la forma antes indicada, que puede hacer necesaria la obtención (a su

costa) de informes de valoración. Del mismo modo, habrá de remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, la correspondiente propuesta de AEP (que le toca redactar), y deberá encargarse de todas las comunicaciones, así como de dirigir la reunión con los acreedores.

La duda está en si la intervención del Notario como impulsor del expediente concluye con la formalización en escritura pública del AEP y las oportunas comunicaciones o le corresponderá también supervisar el cumplimiento del acuerdo y levantar las actas que, en su caso, correspondan, debiendo instar el concurso consecutivo del deudor también en ese momento posterior. En mi opinión, termina con la escritura, pues en esta faceta el Notario solo impulsa la negociación. El alcance de su función «impulsora» hay que rastrearlo en la norma especial del art. 242.bis LC, que marca los límites de su intervención, no en la traslación sin más de todo el régimen del MC según el supuesto general (en esto hay una diferencia clara con la COC, que sí asume las funciones de mediación en sentido estricto, art. 233.3 LC). Una vez acotado ese alcance, hay que seleccionar del régimen general las reglas que correspondan, pero no todo lo que puede (o debe) hacer el MC se traslada sin más al Notario. Por eso su cometido en este papel acaba con la escritura pública, que solo habrá de otorgar el deudor y en la que deberá dar cuenta del procedimiento seguido, y después, como Notario, solo le corresponde hacer las comunicaciones ya vistas. Esto supondrá que en el expediente nadie se haga cargo de esa supervisión posterior. La situación no resulta demasiado grave en los casos de cumplimiento del AEP, pues se trata de una declaración bastante irrelevante (v. *supra*). Pero cambia en los de incumplimiento, pues, sin una declaración en tal sentido, los acreedores afectados no pueden instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. Parece necesaria entonces una declaración en acta a cargo del Notario, normalmente a instancia de un acreedor, y habrá de bastar con un incumplimiento parcial, que solo afecte a uno de los acreedores. Asimismo, deberá comunicarlo al RPC. Cuestión distinta es si ha de instar el concurso.

Respecto de la legitimación para instar el concurso, el art. 242.bis.1.9.º LC obliga al Notario a instar el concurso del deudor (no dice *concurso consecutivo*, pero ha de serlo, salvo los supuestos excepcionales vistos

supra, aunque no le corresponde al Notario calificarlo) solo cuando se supere el plazo de dos meses y no sea posible alcanzar un acuerdo, sin referencia alguna a la insolvencia (norma especial que desplaza la general del art. 238.3 LC). De aquí no se desprende que el Notario esté legitimado para hacerlo en otro caso, pues la ley se refiere a él como un impulsor de la negociación, no como un MC en sentido estricto. Por eso tampoco puede dar por finalizado anticipadamente el expediente e instar el concurso en los términos del art. 236.4 LC, y por la misma razón tampoco deberá instar el concurso en los casos de incumplimiento del AEP.

Aunque el Notario inste el concurso (solo) por el motivo antes indicado, tampoco le corresponden los cometidos asignados en la ley al MC, pues no tiene ese carácter. En particular, no ha de presentar un plan de liquidación, el informe del art. 75 LC o su valoración sobre la posible exoneración del pasivo insatisfecho o sobre la apertura de la sección de calificación, actuaciones que la ley no vincula al nombramiento del MC como AC, sino al mero hecho de que sea el MC quien solicite el concurso consecutivo (art. 242.2 LC, aunque parece que el informe presentado con la solicitud después será inservible, si el AC es otro). Tampoco puede instar la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 238.3 LC). Lo único que ha de hacer el Notario que insta el concurso es presentar al JM un informe razonado con sus conclusiones, pero restringido al desarrollo (y fracaso) de la negociación, sin ponerse a valorar la procedencia del beneficio de la exoneración o de la calificación como culpable del concurso (p. ej., destacando que no fue posible presentar una propuesta de acuerdo porque ninguna fue aceptada por el deudor).

La intervención del Notario en el papel de mediador quizá no sea la mejor solución para el deudor no solo por esas restricciones operativas, sino también porque en el concurso consecutivo posterior no operaría la limitación de honorarios que el MC soporta después como AC (art. 242.2.2.ª.I LC). De todos modos, como reglamentariamente se determinará el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los AEP de las personas naturales no empresarias (no es menor la cuestión del seguro, aunque se puede entender incluido en el seguro de responsabilidad civil como Notario), por esta vía se acabará aclarando el alcance de la intervención del Notario en el expediente.

d) *El nombramiento de un Mediador Concursal*

La alternativa es que se designe un MC de acuerdo con el régimen general. La decisión compete en exclusiva al Notario, sin que el solicitante le pueda exigir una (impulsar la negociación) u otra (nombrar un MC), aspecto que me parece criticable, pues este deudor no tiene la posibilidad de acudir a otro sistema, y ya hemos visto que no son equivalentes. En este caso, el nombramiento del MC deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el Notario de la solicitud del deudor (en su caso, desde la subsanación), debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días (es curioso que en el procedimiento ordinario no se fijen plazos en la LC, aunque resulten del régimen del experto independiente). La designación no es libre por el Notario, sino que deberá hacerse por consulta en el portal oficial y de forma secuencial.

e) *Tramitación coordinada de varios expedientes*

Cuando el Notario asume el impulso de las negociaciones, dos cónyuges (o pareja) pueden conseguir la tramitación en paralelo (que no conjunta, pues cada acuerdo es separado) de dos expedientes por un mismo negociador, circunstancia que en el procedimiento ordinario no es posible, salvo que se trate de la COC (a la que estos deudores no podrían acudir). La situación resultará algo delicada cuando el Notario rechace hacerse cargo de las negociaciones, pues esta negativa pulveriza el deseo de los cónyuges de actuar con un mismo MC, ya que será necesario nombrar uno distinto para cada expediente (salvo la interpretación correctora antes indicada).

f) *Comprobación inicial y formalización del expediente*

Estrictamente, como Notario, deberá hacer las comprobaciones iniciales propias del supuesto general, aunque en este caso también ha de cerciorarse de que el solicitante no tiene la condición de empresario (civil o mercantil) ni de profesional (quizá por la última declaración del IRPF, para comprobar que no hay ingresos por esas actividades). La formalización del requerimiento y de los trámites iniciales no ha de separarse así de las reglas generales ya examinadas (sin advertencia por razón de giro

o tráfico, aunque se podría forzar la interpretación para entender que la obligación del art. 235.1 LC está referida entonces a los activos más valiosos del patrimonio personal del deudor, pero lo dudo). El problema surge a continuación, pues la intervención del Notario en esas fases posteriores, salvo el acto final de la escritura pública, no es obligatoria y responde a una decisión voluntaria del MC, con el consiguiente coste adicional, en correspondencia con el ingreso para el Notario, y por eso debe evitarse. Ciertamente, el Notario es Notario en todas sus actuaciones, pero, sin necesidad de caer en la esquizofrenia, unas veces actúa como tal, con reflejo en su protocolo ordinario, y otras como impulsor de la negociación, con plasmación en el expediente. Dicho de otro modo, aunque la convocatoria de la reunión se hace por un Notario, no lo será por conducto notarial en la forma de un acta de envío de carta con número de protocolo, sino de una comunicación directa de la que ha de guardar el correspondiente justificante. Del mismo modo, el acta de la reunión tampoco será un acta notarial de presencia, sino un acta ordinaria de cuya redacción se encargará el Notario como gestor de la negociación.

El Notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al Juez de lo Mercantil competente para la declaración del concurso

g) *Plazos y comunicaciones durante el expediente*

El Notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del AEP, deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al JM competente para la declaración del concurso. La razón por la cual esta comunicación se hace depender de la mera admisión de la solicitud por el Notario, y no de la aceptación del cargo de MC (regla general del art. 233.3 LC), responde a la posible asunción del encargo negociador por parte del mismo Notario, que hace innecesaria una designación formal como trámite posterior. Pero no siempre ha de ser así. A pesar de eso, cuando se deba nombrar un MC por no asumir el encargo el Notario, también deberá comunicar al JM con la mera admisión de la solicitud, aunque no haya aún MC, anticipando de este modo el efecto paralizante de las ejecuciones. En la comunicación debe destacar que se trata del procedimiento especial de persona natural no empresaria, pues el plazo de paralización es distinto.

La duda surge por el resto de comunicaciones que menciona el art. 233.3 LC: ¿basta la comunicación al JM?, ¿es necesaria al RC?, ¿y al RB? Parecería bastante coherente con la mayor simplicidad de este procedimiento que no fueran necesarias otras comunicaciones ni la anotación en el RB, pero la referencia posterior a los aranceles registrales obliga a la opinión contraria, es decir, que se han de hacer todas las previstas en aquel precepto, pero una vez que el MC acepte el cargo (que será al admitir la solicitud cuando el Notario se haga cargo de la negociación). En estas comunicaciones también hay que destacar que se trata del supuesto especial del art. 242.bis LC.

El plazo para la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y para realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores será de quince días desde la notificación al Notario de la solicitud (no desde la aceptación, y en medio puede haber una subsanación), o de diez días desde la aceptación del cargo por el MC, si se hubiese designado MC. La reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria. Adviértase que en estos plazos tan recortados será preciso fijar el valor de las garantías reales, y esto puede hacer necesaria una valoración o informe específico que quizá se demore un tiempo, complicando toda la tramitación.

La propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores remitir propuestas alternativas o de modificación dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquel. Se supone que, transcurrido este plazo, el Notario o MC remitirá a los acreedores la propuesta finalmente aceptada por el deudor. Obsérvese que, dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión, los acreedores pueden manifestar su aprobación u oposición a la



primera propuesta presentada, y esto les exige del deber de asistencia de cara a la postergación en el concurso consecutivo, aunque después se acabe remitiendo una propuesta final diferente.

h) Honorarios notariales y registrales

Las actuaciones notariales o registrales descritas en el art. 233 LC no devengarán retribución arancelaria alguna. Respecto de las notariales, estas se limitan a la comprobación de la solicitud, la designación del MC (cuando no asuma el Notario la negociación) y las comunicaciones oficiales a JM, RC y RB. Otras actuaciones notariales previstas en otros preceptos, como la convocatoria a la reunión (u otras comunicaciones dirigidas a los acreedores), el acta notarial de cumplimiento (u otras, de acuerdo con el art. 13.2 RD 892/2013) o la elevación a escritura pública del AEP, se someterán al régimen de retribución ordinario del arancel notarial en la forma antes indicada. Cuestión distinta, cuando el Notario también intervenga como MC, es que alguna de esas actuaciones (comunicaciones, reunión) las deba documentar como tal MC, y no propiamente como Notario. Respecto de las registrales, la única actuación prevista en aquel precepto es la anotación preventiva en los registros de bienes, que no devengará honorarios, aunque parece que sí lo haría su cancelación, pues se menciona en otro precepto.

Distinta será la retribución que pueda corresponder al Notario por impulsar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores. Su retribución será entonces la prevista para el MC, que podrá acumularse a la correspondiente por el concepto anterior (en esencia, la escritura del AEP o el acta de finalización).

También será distinta la retribución que corresponda a los actos de ejecución del AEP, como pueda ser una escritura de dación en pago, que se cobrará según el régimen general (de hecho, puede tratarse de otro Notario, pero, de ser el mismo, la situación tampoco cambia).

i) Contenido de la propuesta de acuerdo

La propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del art. 236.1 LC (espera, quita, cesión en/para pago). Esta limitación estricta del contenido, razonable (y casi obvia)

por tratarse de una persona natural, al formularse en esos términos también deja fuera aquellas otras medidas, no mencionadas en el art. 236.1 LC, que pueden incluirse en el AEP según lo dicho *supra*, como, p. ej., la concesión de nuevo crédito al deudor, quizá con nuevas garantía. Obviamente, nada impide una negociación separada con ese acreedor para concederlo, pero no formará parte del AEP, y por eso tampoco quedará a cubierto de la rescisoria concursal.

j) Duración y finalización del expediente

El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el art. 235 LC será de dos meses (en lugar de tres) desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al JM, salvo que con anterioridad se adoptase o rechazase el AEP o tuviese lugar la declaración de concurso. Esta declaración de concurso habrá de ser a instancia del MC o del deudor (los acreedores no pueden, en ese tiempo), según las reglas expuestas al tratar del supuesto general, pero no del Notario cuando actúe como impulsor de las negociaciones. Esta posibilidad está circunscrita al caso concreto que a continuación se indica, por ser el único donde expresamente se le legitima.

Si al término del plazo de dos meses el Notario o, en su caso, el Mediador Concursal considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al Juez de lo Mercantil un informe razonado con sus conclusiones

Si al término del plazo de dos meses el Notario o, en su caso, el MC considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al JM un informe razonado con sus conclusiones. Como dije antes, el trascurso del plazo de dos meses no significa necesariamente que haya fracasado el expediente, siempre que se trate de una simple demora en su tramitación (en su caso, justificada) que lleve la reunión con los acreedores más allá de esa fecha. Corresponderá al Notario o al MC valorar si todavía es posible conseguir el AEP (y, en tal caso, esperar el tiempo necesario hasta el AEP) o su fracaso, que habrá de reflejar-

se en la correspondiente acta y contar los diez días desde entonces. Esta regla especial legitima al Notario y al MC para instar el concurso consecutivo sin necesidad de comprobar la situación de insolvencia, y con idéntico criterio será posible instar el concurso consecutivo sin necesidad de esperar a que trascurra ese plazo, cuando ya se hubiera celebrado la reunión con resultado negativo (cfr. regla general del art. 238.3 LC). En cambio, la solicitud de concurso por finalización anticipada sin esperar a la reunión está reservada al MC, y, ahora sí, con comprobación por su parte del estado de insolvencia (art. 236.4 LC).

Para el renacimiento del deber de solicitar el concurso y la consiguiente posibilidad de que lo inste un acreedor, el plazo sigue siendo de tres meses (art. 5.bis.5 LC), lo que puede ser de interés cuando simplemente se haya producido una demora y el AEP se consiga después de los dos meses.

k) Concurso posterior

El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación, sin posibilidad de convenio. Como ya he señalado, no le corresponde al Notario, cuando haya actuado como impulsor de las negociaciones, presentar un informe con el contenido del art. 75 LC; la ley solo pide que remita al JM un informe razonado con sus conclusiones, en el que deberá dar cuenta de todas las actuaciones realizadas y de los motivos por los cuales la negociación ha fracasado (no solo la negativa de los acreedores, sino quizá del deudor a aceptar alguna propuesta o presentar al Notario la información requerida). Pero en este informe no ha de valorar la procedencia del beneficio de la exoneración o de la calificación como culpable del concurso (la apertura de la sección de calificación tiene lugar siempre, ya que el concurso consecutivo se abre en la fase de liquidación —art. 167.1 LC—; de ahí que el informe del art. 242.2.1.ª.II.b LC esté referido a la posible calificación culpable, que es también la relevante de cara a la exoneración), lo que obligaría a tener en cuenta la conducta del deudor, incluso anterior a la solicitud, en términos que no le corresponde apreciar al Notario (además, choca con el principio de confidencialidad propio de la mediación —art. 9 Ley 5/2012—, al que también estaría sujeto el Notario que actúe como negociador; solo se ha previsto la exoneración para el MC que sigue como AC, art. 242.2.2.ª.I LC).

Crecimiento y desigualdad: la polémica sobre los desequilibrios del capitalismo en el siglo XXI

Ramón Tamames Gómez

Catedrático de Estructura Económica. Universidades de Málaga y Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. APRECIACIONES SOBRE LA CRECIENTE DESIGUALDAD
- II. LA GRAN RECESIÓN Y EL DEBATE SOBRE SU ORIGEN
- III. INTRODUCCIÓN GENERAL AL CASO DE LA CONCENTRACIÓN SEGÚN LA RESERVA FEDERAL DE EE. UU.
- IV. EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN EN LA DESIGUALDAD
- V. PIKETTY Y LA DESIGUALDAD
- VI. LOS PESIMISTAS MALTHUS Y RICARDO, LA APOCALIPSIS DE MARX Y EL CUENTO DE HADAS DE KUZNETS
- VII. LA RECEPCIÓN DEL LIBRO DE PIKETTY
- VIII. EL CAPITALISMO, UN GATO DE SIETE VIDAS
- IX. DESIGUALDAD EN LA UE Y EN ESPAÑA
- X. EL INTERESANTE CASO DE IBEROAMÉRICA
- XI. DUDAS ACERCA DEL IMPUESTO SOBRE LA RIQUEZA



I. APRECIACIONES SOBRE LA CRECIENTE DESIGUALDAD

En los últimos tiempos, hay numerosos testimonios de que la clase media en los países más ricos tiene sus retribuciones estancadas: los ingresos de las familias de ese estrato social en EE. UU., Japón y en toda Europa han venido cayendo desde la crisis financiera desencadenada en 2008⁽¹⁾.

Ante esa evidencia, muchos economistas temen que tal estancamiento en las rentas personales pueda actuar como freno de la recuperación global. Más aún, la OCDE advirtió, en septiembre de 2014, que los recortes en los salarios reales, al tiempo que sigue creciendo la productividad, «impiden o limitan la recuperación del consumo»⁽²⁾. Y si esas tendencias persisten, la predicción de John Maynard Keynes en 1930 sobre la



economía de nuestros nietos quedaría muy deteriorada⁽³⁾, al alejarse el momento en que en las sociedades más ricas tendrían que trabajar menos, obteniendo, al tiempo, mayores ingresos y más tiempo disponible para el ocio.

A la vista del declinante escenario esbozado, los economistas más a la izquierda, encabezados por el Nobel Joseph Stiglitz, de la Universidad de Columbia, exigen estímulos fiscales para aumentar la demanda, así como salarios mínimos más generosos. Lo que plantea, a su vez, significa la necesidad de nuevos instrumentos para mejorar la posición negociadora de los trabajadores⁽⁴⁾.

Por otro lado, hay conciencia general de las crecientes diferencias en la percepción de rentas, que rompen las previsiones hechas tiempo atrás. Y, en ese sentido, el economista Zygmunt Bauman ha destacado cómo en el Renacimiento y la Ilustración (cuando vivían relevantes pensadores como Francis Bacon y Descartes, o Kant y Hegel) el nivel de vida en los países europeos, en las regiones más ricas, nunca duplicaba el de las más pobres. En cambio, actualmente, el país más opulento del mundo, Qatar, alardea de tener una renta per cápita 428 veces mayor que la del más pobre, Zimbabue. Además, no cabe olvidar que la distribución interna de la renta dentro de cada país presenta una fuerte dispersión en torno a la media, muy a favor de los ricos. Lo cual, a la hora de la comparación entre promedios, hace recordar la *trampa estadística de los pollos*: si mi vecino se come dos pollos y yo uno a la semana, el promedio numérico diría que cada uno de nosotros despachamos pollo y medio, cuando en realidad uno consume el doble que el otro⁽⁵⁾.

En el contexto que vamos examinando, una de las expresiones morales más citadas por los defensores del libre mercado hasta hace bien poco está viéndose cada vez más refutada: la persecución del beneficio individual ya no constituye (merced a la *mano invisible* de Adam Smith) el mejor mecanismo para el bien común, y, en el caso que nos ocupa, para una distribución más equilibrada. Porque, según las últimas tendencias, una parte creciente de los beneficios del progreso económico acaba en manos de un reducido número de personas, quedando el resto de la población en situaciones de estancamiento o incluso de pérdida de rentas.

Todo el problema descrito surge por el efecto de lo que sucede en los mercados,

FICHA TÉCNICA



Resumen: Hay numerosos testimonios de que la clase media en los países más ricos tiene sus retribuciones estancadas. Mediante el presente estudio, se analizan los orígenes y evolución de la recesión, las causas que pueden fundamentar el incremento de los desequilibrios entre pobres y ricos, y se ofrecen instrumentos que pueden permitir luchar contra la pobreza y la desigualdad, a destacar: la regeneración democrática, la lucha contra la corrupción, la mejor regulación y supervisión del sistema financiero, las políticas de educación, la desburocratización de las Administraciones Públicas, gobiernos de mayor calidad técnica y, sobre todo, la revisión del sistema fiscal.

Palabras clave: Capitalismo, recesión, crecimiento económico, globalización.

Abstract: There is widespread evidence that the incomes of the middle classes in rich countries have remained flat. This study examines the origins and evolution of the recession, the reasons that underlie the widening gap between rich and poor, and offers instruments that could be used to combat poverty and inequality, specifically: democratic regeneration, the fight against corruption, better regulation and supervision of the financial system, education policies, reducing bureaucracy at Public Authorities, improving the technical quality of governments, and above all, an overhaul of the tax system.

Keywords: Capitalism, recession, economic growth, globalization.

e igualmente por las decisiones de inversión. Y sucede que en los primeros hay un dominio manifiesto de las empresas más poderosas, en tanto que en las segundas son los grupos más fuertes los que deciden. Con la particularidad de que está dejando de tener validez el argumento de que los de arriba contribuyen decisivamente al avance económico por ser «creadores de empleo».

Una parte creciente de los beneficios del progreso económico acaba en manos de un reducido número de personas, quedando el resto de la población en situaciones de estancamiento o incluso de pérdida de rentas

Todo eso ha dejado de ser verdad, por lo menos, desde el comienzo de la *gran recesión* iniciada en 2008: no solo los de arriba no favorecen la mejor distribución de rentas, sino que, además de haber desarrollado una gestión financiera de lo más temeraria y de consecuencias penosas en el sistema financiero mundial, con toda clase de engaños y pérdidas para los accionistas y los clientes de los bancos, se autoindemnizan con grandes asignaciones, a pesar de que se vinieron abajo sus productos financieros más prometedores, como los paquetes de hipotecas *subprime*, las titulaciones de deuda, las cédulas emitidas en proporciones desmesuradas, etc.

De hecho, esos próceres podrían ser denominados hoy *mánager ladrones*, en analogía a lo que sucedió a finales del siglo XIX con los *robber barons*⁽⁶⁾ de la economía estadounidense. Porque no se ha contribuido a crear nuevos empleos estables, sino que con la crisis se incrementaron los contingentes de *trabajadores redundantes*, que es como se conoce en muchos casos en EE. UU. a los desempleados forzosos (*redundant workers*).

Sobre el cambio de escenario a que estamos refiriéndonos, en su libro *El precio de la desigualdad*⁽⁷⁾, Stiglitz advirtió que EE. UU. está convirtiéndose en un país «donde los ricos viven en comunidades cerradas, mandan a sus hijos a escuelas caras y tienen atención sanitaria de primera calidad. Mientras tanto, el resto vive en un mundo marcado por la inseguridad, la educación mediocre en el mejor de los casos y una atención sanitaria muchas veces restringida o inexistente»⁽⁸⁾.

En otras palabras, el patrimonio de los estadounidenses creció con rapidez desde el final de la última crisis, sobre todo, para los poseedores de los mayores activos financieros, en tanto que para los que viven de su trabajo con un sueldo fijo la recuperación se ve estancada. En ese sentido, lo habitual era que la riqueza personal fuera cuatro o cinco veces superior a los ingresos, pero ahora esa proporción se sitúa en 6,5. Solo en tres ocasiones en el último siglo se superaron los seis puntos, como indica Credit Suisse en un informe publicado en octubre de 2014. El 1 % que está en lo más alto



controla actualmente el 48 % de la riqueza global. Y el mismo banco calcula que todo el patrimonio mundial creció hasta los 263 billones de dólares en 2013, más del doble de los 117 billones de 2000⁽⁹⁾.

II. LA GRAN RECESIÓN Y EL DEBATE SOBRE SU ORIGEN

Conectamos ahora con Tyler Cowen, economista atípico, que lee cuentos del argentino Julio Cortázar y que es un gastrónomo reconocido, aparte de que escribe uno de los blogs de economía más leídos del mundo, *Marginal Revolution*. Y disfruta de la vida en su casa de Fairfax, un pueblo de urbanizaciones rodeadas de bosques, cerca de la Universidad George Mason, donde enseña, a media hora en coche de Washington DC⁽¹⁰⁾.

Desde allí, el Profesor, a sus 52 años de edad, observa la economía de EE. UU. y el retrato que hace de ella no es de lo más amable: menos ingresos para las clases medias, más desigualdades entre los ciudadanos en su acceso a la educación de calidad y una creciente discriminación entre la generalidad de los trabajadores y las élites más que bien remuneradas de los que fueron a Harvard, Yale, al MIT, etc. En suma, una economía que no crece lo suficiente como para elevar el nivel de vida de la inmensa mayoría. Así las cosas:

Los números revelan que en los últimos 15 años el nivel medio de vida de un hogar estadounidense ha caído entre el 5 % y el 10 %. Algo bastante malo de por sí, y aún peor si, como parece, ese nivel bajara otro 5 % o 10 % más en los próximos diez

o quince años [y, al respecto, Cowen hace una precisión]. No estoy diciendo que EE. UU. vaya a seguir la pauta de los de pauperados de Calcuta en la India; lo que intento decir es que los niveles de vida de muchas personas en este país se encontrarán más cerca de los de Bélgica o de otras partes de Europa occidental, lo que resulta poco alentador, pero sin que ello vaya a significar el fin del mundo⁽¹¹⁾.

En *The Great Stagnation*, publicado en 2011, el propio Cowen intentó explicar por qué las tres últimas recesiones (iniciadas en 1991, 2001 y 2009) terminaron siempre con una «recuperación sin empleo», a diferencia de lo que sucedió a lo largo de los 300 años anteriores, cuando EE. UU. progresó a través de unas fluctuaciones cíclicas muy diversas, pero siempre recuperando ocupación al final de ellas, merced a la innovación tecnológica, a un sistema educativo que multiplicó en pocos años la población con estudios superiores y a enormes cantidades de suelo disponible para actividades agrarias y desarrollos urbanos.

Esas ventajas se han agotado, según Cowen, y si se exceptúa Internet, nuestra tecnología hoy no es tan distinta de la de los años 50 del siglo XX: los sueños de coches voladores y viajes a Marte para la presente centuria no se han cumplido. Como dice el magnate de Silicon Valley Peter Thiel (amigo de Cowen): «Queríamos coches sobrevolando las ciudades, y en su lugar tenemos 140 caracteres» (obviamente, en alusión a Twitter).

Desde otra óptica, los profesores Atif Mian y Amir Sufi discrepan de Cowen en

su libro *House of Debt*⁽¹²⁾, en el que los dos referidos docentes, de las universidades de Princeton y de Chicago, defienden que es en el endeudamiento privado (el de familias, no el de las empresas) donde radica la verdadera causa de las últimas recesiones. Un punto de vista que ha convertido el libro de ambos autores, *House of Debt*, en un *best seller* que compite con *El capital en el siglo XXI*, de Thomas Piketty⁽¹³⁾, la obra de economía más vendida (aunque tal vez no la más leída) de 2014.

Por otra parte, hay algo que pesa mucho a la hora de la recuperación: ningún país desarrollado y endeudado entre el 80 % y el 120 % de su PIB (que es el peso de la deuda soberana en la mayoría de los países de Occidente) podrá reembolsar sus débitos sin algún tipo de ayuda o reestructuración. Por la sencilla razón de que no será factible generar superávits fiscales suficientes para disponer de excedentes con que pagar⁽¹⁴⁾. Lo cual agrava más la situación económica, el empleo, etc., pues las fuertes cantidades de recursos necesarios para atender el servicio de la deuda lastran los presupuestos, disminuyendo la capacidad de inversión de las administraciones públicas.

III. INTRODUCCIÓN GENERAL AL CASO DE LA CONCENTRACIÓN SEGÚN LA RESERVA FEDERAL DE EE. UU.

¿Desde qué momento debe preocuparnos el crecimiento de la desigualdad? Es una pregunta moral y política que puede tener una primera respuesta razonable: desde el punto y hora en que esa desigualdad genera serios males económicos y problemas sociales agudos. En esa dirección, EE. UU., la mayor economía del mundo (hasta 2014, pues en términos de paridad de poder adquisitivo, ppp, China ya adelanta a la Unión), presenta una de las mayores desigualdades, con datos alarmantes. Más en concreto, según informes de la Reserva Federal para 2013, el 3 % de la población con mayores rentas recibió el 30,5 % de los ingresos totales, y el siguiente 7 % percibió el 16,8 %. Lo que indica que casi la mitad (47,3) de los ingresos totales fue a parar al primer decil demográfico, en tanto que el 90 % restante hubo de conformarse con el 52,7 %. Por lo demás, el 3 % de la cúspide es el único grupo que vio crecer sus percepciones desde principios de la década de 1990⁽¹⁵⁾.



Otro dato significativo en EE. UU. es que el número de millonarios se multiplicó por 40 en los 25 años anteriores a 2007, y, en paralelo, la riqueza total de los 400 norteamericanos más ricos aumentó de 169.000 millones hasta 1,5 billones de dólares. Después, la crisis que se inició en 2007 fue muy selectiva en el reparto de sus males, pues en 2011 el número de millonarios en EE. UU. siguió adelante con su riqueza⁽¹⁶⁾.

En cuanto a la explicación de esa desigualdad, un estudio de Morgan Stanley fija entre las causas del aumento de la desigualdad la proporción creciente de empleos poco cualificados, mal pagados y de carácter temporal, en tanto que las retribuciones resultan crecientes para la gente con mayor preparación profesional y académica. A lo que debe agregarse el hecho de que los impuestos y la política presupuestaria de gastos han sido menos redistributivos que en el glorioso tridecenio keynesiano 1945-1975⁽¹⁷⁾.

Por lo demás, en lo que respecta a las consecuencias políticas de la desigualdad creciente, según el Profesor Fukuyama, escriben en que las instituciones políticas que permitieron a EE. UU. convertirse en una democracia moderna comienzan a decaer⁽¹⁸⁾, debido a que los dos grandes partidos políticos se han polarizado a lo largo de ciertas líneas ideológicas muy rígidas y los grupos de interés más poderosos aplican sistemáticamente su veto contra las políticas sociales que no les gustan, degenerándose así hacia una «vetocracia» en los problemas más graves (inmigración ilegal, educación, servicios sociales), lo que tiende a configurar una sociedad «neopatrimonial» en que las pudientes dinastías controlan el poder y la información política⁽¹⁹⁾.

Hay grandes diferencias en cuanto a la percepción de la desigualdad: los europeos son más pesimistas, mientras que los estadounidenses siguen imbricados en el American dream, creyendo que su sociedad es socialmente más justa de lo que realmente es

Además, será interesante destacar que hay grandes diferencias en cuanto a la percepción de la desigualdad. En ese sentido, los europeos son más pesimistas, mientras

que los estadounidenses siguen imbricados, sin grandes razones para ello, en el *American dream*, creyendo que su sociedad es socialmente más justa de lo que realmente es.

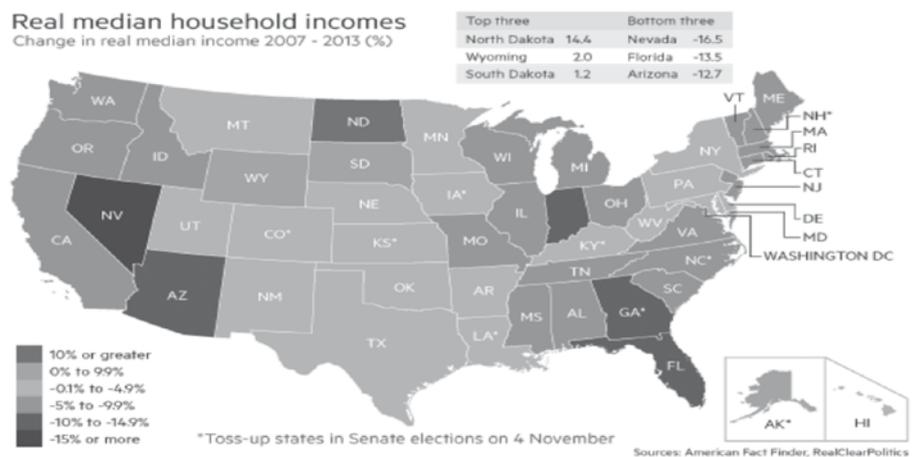
En definitiva, la creciente desigualdad de renta y riqueza en las décadas recientes amenaza el tejido social de las economías avanzadas, así como el crecimiento estable y sostenido. Janet Yellen, Presidenta del Sistema de la Reserva Federal (SRF) de EE. UU., en un discurso en octubre de 2014, censuró la creciente desigualdad, aunque, con notoria sapiencia, no prometió que el SRF fuera a hacer algo al respecto⁽²⁰⁾. Porque la conexión causal entre desigualdad y QE (*quantitative easing*, política de compra de bonos de bancos y empresas por la Reserva Federal) sigue sin probarse, y aunque esa conexión fuera determinante, lograr una situación más equitativa de ingreso y riqueza no debería ser algo a conseguir con la política monetaria, pues para eso hay otros instrumentos: fiscales, de gastos redistributivos para promover empleo, salario mínimo, etc. Aún más, la utilización de política monetaria podría crear confusión adicional para los objetivos existentes de los bancos centrales, que deben ocuparse, ante todo, del crecimiento y de la estabilidad financiera y de precios.

Políticamente, la desigualdad tiene sus consecuencias: la economía de los EE. UU. ha vuelto a crecer desde 2011, pero los ingresos de las capas sociales más bajas, no originándose de ese modo un agudo resquemor populista contra Barack Obama

que amenaza con barrer a los demócratas en futuras elecciones. «Los ingresos medios decrecientes en una serie de estados de la Unión [véase el mapa 1] crean dudas entre los votantes sobre las posibilidades de que sus hijos vayan a vivir mejor de como lo hicieron sus padres», dice Guillermo Galston, de la Brookings Institution de Washington, rompiéndose así el sueño americano⁽²¹⁾.

IV. EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN EN LA DESIGUALDAD

¿Y qué relación guarda la globalización con el fenómeno de la desigualdad creciente? Cabe decir que, gracias a ella, en el último cuarto de siglo se ha producido un fuerte aumento de la renta promedio en los países emergentes, por el crecimiento de las exportaciones y la inversión de capitales extranjeros en sus sistemas productivos, derivándose de todo ello (junto con la incidencia de todo el repertorio de posibles impulsos internos) un crecimiento global muy considerable que, desde luego, beneficia sobre todo a las grandes corporaciones, pero que permite a muchos trabajadores acceder a situaciones mejores. En ese sentido, el coeficiente Gini, que mide la desigualdad entre ricos y pobres (de la forma que luego veremos), muestra que la desigualdad entre los ingresos medios de los países ricos y pobres está reduciéndose. Pero, dentro de cada uno de esos países (sea rico o pobre), sucede que la desigualdad entre sus ciudadanos está aumentando.



Mapa 1.

En algunos casos, como Brasil, se han puesto en marcha en los últimos tiempos medidas originales contra la desigualdad:

el Gobierno de Ignazio Lula da Silva decidió dar dinero a las familias más pobres, con la condición de que mantuvieran a sus hijos en la educación hasta los 17 años y los vacunaran debidamente en su momento, ideas

que están tratándose de introducir en algunos países de África. Como, asimismo, parece funcionar el tema de conectar los barrios marginales de las grandes ciudades con un mejor transporte público a los lugares donde hay trabajo, para así acortar tiempos muertos a efectos laborales⁽²²⁾.

Por lo que respecta a la globalización, se ha comprobado que la deslocalización productiva por un gran número de multinacionales en los países (antaño) industriales beneficia a sus trabajadores más cualificados, dejando en peor situación a los que tienen menos formación

También, por lo que respecta a la globalización, se ha comprobado que la deslocalización productiva por un gran número de multinacionales en los países (antaño) industriales beneficia a sus trabajadores más cualificados, dejando en peor situación a los que tienen menos formación. Y eso ocurre tanto en los países emergentes (donde para muchos trabajos se exige saber inglés) como en los más ricos. En estos últimos, porque se ha trasladado parte de la fabricación tradicional a países emergentes, mientras que en las sedes originarias permanece el *core of competencies* de las empresas externalizantes.

V. PIKETTY Y LA DESIGUALDAD

En medio de la discusión sobre la desigualdad a que nos hemos referido hasta aquí, llegó *El capital en el siglo XXI*⁽²³⁾, la obra de Thomas Piketty que causó gran sensación a partir de traducirse al inglés para ser publicada en EE. UU., pues la edición francesa (Seuil) tuvo muy escasa difusión. El éxito en expresión anglosajona se trasladó al resto del mundo, y a todo el área hispanohablante con la versión en español del FCE de México. Claro es que no cabe desconectar esa ampliación de lectores de la resonancia del título, evocativo de la obra cumbre de Marx, *Das Kapital* (vol. I en 1867), y de la idea que en el libro hay una crítica global del capitalismo, cosa que el propio autor niega reiteradamente, al tiempo que pone de relieve que su grueso volumen de 685 páginas le llevó 15 años de esfuerzos, con

no pocas colaboraciones e incluso ayudas de sus estudiantes más avanzados.

A lo largo del libro, la tesis de Piketty es que la cuota capital en el PIB es igual al producto del retorno de capital por el ratio capital/renta ($\alpha = r \times \beta$). De tal modo que $\beta = s/g$, lo que significa que el ratio capital/renta es igual a largo plazo a la tasa de ahorro (g) dividida por el crecimiento del PIB (s). De modo y manera que, cuanto mayor sea β , mayor será la desigualdad. Lo que recuerda en cierto modo la relación marxiana de la plusvalía como medidor de explotación en términos de acumulación permanentemente al alza en favor de los capitalistas.

Las observaciones de Piketty en torno a β podrían verse como una mezcla de simplificación y fetichismo marxiano, pudiendo decirse que la desigualdad no se corresponde con una ley pretendidamente mágica, sino con toda una serie de situaciones de hecho y políticas económicas que pueden tener resultados concretos en una u otra dirección. En el sentido apuntado, cabe poner de relieve la ausencia total de referencias en Piketty al taylorismo, así como a los planteamientos de John Kenneth Galbraith, a Bismarck y Beveridge, según pasamos a ver.

En el primer caso, Piketty no entra para nada en la influencia que en los patrones de distribución de la renta tuvieron las ideas de Frederick Wislow Taylor, autor del método de la *dirección científica del trabajo*⁽²⁴⁾, con sus análisis de tiempo y movimiento, cadena de montaje y otros instrumentos que permitieron alcanzar una eficiencia industrial que hasta principios del siglo XX solo se había conseguido (con mucho mayor coste y menores resultados) por la mera acumulación de capital. En ese sentido, Peter Drucker, en su libro *Las nuevas realidades*⁽²⁵⁾, explicó cómo el taylorismo fue una auténtica revolución en EE. UU. (precursora del fordismo, primero, y después del toyotismo en Japón), que entendieron los sindicatos obreros (como AFL-CIO, en EE. UU.) y los partidos políticos a la izquierda (sobre todo, los demócratas, en EE. UU.), que en vez de perseguir la sustitución del capitalismo por el socialismo se plantearon «repartir mejor la tarta» de los excedentes de producción, consiguiendo más para los trabajadores.

Y en cuanto al nulo interés de Piketty por Galbraith (en línea con los próceres de la Universidad de Chicago y una serie de premios Nobel estadounidenses que nunca quisieron apoyarle para el máximo galardón

del Banco Nacional de Suecia), habrían de recordarse los trabajos de quien, entre otras muchas actividades destacables, fue Embajador de John F. Kennedy en la India, donde estudió a fondo la pobreza de masas, tal como luego reflejaría en su libro de ese mismo título⁽²⁶⁾. Una situación que en China se abordó desde las *cuatro modernizaciones* de Den Xiaoping (1978), que liberaron las fuerzas productivas de sus ataduras burocráticas e ideológicas para hacer posible un nuevo tipo de crecimiento, que redujo la pobreza en la República Popular de la cota de 400 millones de personas en 1980 a menos de un centenar de millones ahora.

Es muy significativo también que en el libro de Piketty no se recuerde al Canciller Otto von Bismarck, quien en 1885 introdujo las reformas sociales para el aseguramiento de los trabajadores; ni a Beveridge, quien en 1943 propuso, por encargo del gobierno de coalición Churchill-Atlee, un giro total de la política de bienestar social en Inglaterra en plena Segunda Guerra Mundial, lo que representó un cambio muy importante en el escenario británico, al llegar la política de la seguridad social.

En definitiva, de lo que se trata es de examinar (con más cuidado que el autor de este ensayo) la forma en que Piketty mide, o no lo hace, factores de redistribución de renta muy importantes, como son los derivados de las políticas sociales. Y, más concretamente, de los efectos del estado de bienestar, con gasto público en sanidad, educación, pensiones y otras prestaciones sociales, etc., todas ellas partidas muy considerables en los presupuestos estatales y que fundamentalmente benefician a las que convencionalmente se llaman *clases trabajadoras*, aumentando, en su beneficio, la parte de que disfrutan de la renta nacional. Y en esa dirección no cabe duda de que hasta el comienzo de la crisis actual, en 2007, hubo numerosas manifestaciones de política social.

VI. LOS PESIMISTAS MALTHUS Y RICARDO, LA APOCALIPSIS DE MARX Y EL CUENTO DE HADAS DE KUZNETS

Evidentemente, la investigación de Piketty sobre la desigualdad no es algo nuevo en la historia de las ideas económicas, pues ya los primeros *economistas* en la Francia de la Fisiocracia se ocuparon de la cuestión, y lo mismo sucedió después en la



Escuela Clásica de Economía en Inglaterra y Escocia⁽²⁷⁾. Una dedicación en la que hay que citar concretamente a Pierre Le Pesan, Barón de Boisguilbert, entre los fisiócratas, autor de un libro en el que calculó la *fortuna de Francia*⁽²⁸⁾, para sobre esa base criticar a los reyes (y, especialmente, a Luis XIV) por los muchos dispendios de sus guerras sin fin, frente a la miseria del pueblo. Y en el caso de Inglaterra, según veremos, trataron el tema dos autores tan conocidos como Robert Malthus y David Ricardo.

Malthus⁽²⁹⁾ lo tuvo claro, aunque el tiempo no le diera la razón: su célebre Ley Demográfica (modernamente expresable en que la población crece en progresión geométrica, mientras que las subsistencias lo hacen aritméticamente) llevaba, en última instancia (aunque en la quinta edición de su libro moderó sus contundencias), a una situación social que sería insostenible, por la depauperación masiva ocasionada por la superpoblación derivable de la alta natalidad de los *obreros prolíficos*. Lo que según el tantas veces denostado clérigo había de obligar a tomar medidas (*malthusianas* se llaman hoy) de abstinencia sexual y contención del crecimiento poblacional.

Y en la misma línea de inquietudes de futuro, David Ricardo, en su libro *Principios de política económica e imposición tributaria*⁽³⁰⁾, manifestó que la escasez creciente de tierras cultivables comportaría una elevación del precio de las mismas y de sus rentas, haciendo que los terratenientes se apropiaran de prácticamente toda la riqueza. Frente a ello, propuso un impuesto progresivo sobre las tierras.

Un tercer protagonista, que trató duramente las manifestaciones de los dos citados autores pesimistas de la Escuela Clásica, fue Karl Marx, quien planteó que la acumulación creciente de capital, merced a la fuerte plusvalía del sistema capitalista, habría de llevar a la sociedad a una situación de crisis, en que el proletariado impulsaría la revolución social para el cambio de capitalismo a socialismo: todo un apocalipsis social⁽³¹⁾.

Ante ese posicionamiento, Piketty critica la forma en que elaboró su tesis el filósofo de Tréveris, subrayando que en la última fase de su vida ya pudo disponer de datos suficientes para apreciar cómo los salarios estaban subiendo y bajando la tendencia a la depauperación. Sin embargo, Marx, seguro que conscientemente, quedó prisionero

del *Manifiesto comunista*⁽³²⁾, escrito en 1848 en colaboración con Friedrich Engels, autor, por su parte, de un auténtico informe eco-sociológico: *Las condiciones de vida de las clases trabajadoras en Inglaterra*⁽³³⁾.

Por lo demás, en el libro de Piketty no se advierte (o por lo menos así lo ha apreciado el autor de este ensayo) lo que fue la evolución del proyecto comunista, que de los postulados doctrinarios del marxismo acabó desembocando en el patético modelo del *socialismo real* en la URSS: un capitalismo de estado con fuertes adherencias burocráticas, nomenclatura dentro del partido e ineficiencia económica a todos los niveles.

En la dirección indicada, la experiencia de la URSS fue una muestra de autodegradación en los propósitos de lucha contra la desigualdad a partir de la dictadura del proletariado, que en realidad pasó a ser una dictadura del partido y, dentro de esta, de su Secretario General. En tanto que en China, en 1978, hubo un giro de 180°, desde el comunismo igualitario en la pobreza de Mao a las *cuatro modernizaciones* de Den Xiaoping.

Todo eso ilustra cómo las lecciones del *socialismo científico* de Karl Marx, o no fueron bien aprendidas, o sus discípulos cambiaron el proyecto del *maestro* hacia un sistema que a largo plazo no podría sostenerse en sus pretendidos fundamentos. Ante lo cual, sin demasiados refinamientos, podría decirse que si Marx criticó a los que él llamó *socialistas utópicos*, su *socialismo científico* terminó en un planteamiento también claramente utópico (o incluso quimérico, en mayor medida aún que los criticados utópicos).

El menor desequilibrio en la distribución de la renta dejó de suceder a partir de la mitad de los años 70 del siglo XX, con los choques petroleros de 1973 y 1979 y las subsiguientes políticas de Reagan y Thatcher. Y, a la postre, se llegó a la gran recesión de 2007-2013, que ha deteriorado la distribución en la fase de un estancamiento de varios años

Y de la apocalipsis marxiana en *El capital*, destaca Piketty, se pasó al *cuento de hadas* (*fairytale*) de Simon Kuznets (1901-1985), quien en una serie de trabajos se

refirió a la mejora en la distribución de la riqueza y renta en la primera parte del siglo XX, así como en el periodo de la segunda postguerra mundial, con las *tres décadas gloriosas* de 1945 a 1975⁽³⁴⁾.

Todas esas aportaciones contribuyeron a la configuración de la célebre *curva de Kuznets*, en la que se da por hecha la firme tendencia a un menor desequilibrio en la distribución de la renta por las virtudes del crecimiento económico, tal y como el propio Kuznets constató para la primera parte del siglo XX y, sobre todo, para las tres décadas de 1945 a 1975. Lo cual dejó de suceder en la realidad a partir de la mitad de los años 70 del siglo XX, con los choques petroleros de 1973 y 1979 y las subsiguientes políticas de Reagan, en EE. UU., y Thatcher, en el Reino Unido, que cambiaron las anteriores tendencias keynesianas de redistribución. Y, a la postre, se llegó a la *gran recesión* de 2007-2013, que ha deteriorado la distribución en la fase de un estancamiento de varios años.

VII. LA RECEPCIÓN DEL LIBRO DE PIKETTY

En cualquier caso, la resonante recepción en EE. UU. del libro de Piketty es un testimonio de la cada vez mayor preocupación sobre la creciente desigualdad existente en las sociedades económicamente más avanzadas, con pruebas sobre la vertiginosa subida de la proporción de renta y riqueza en la parte más alta de las escalas de distribución⁽³⁵⁾.

Sobre Piketty, el premio Nobel de Economía Paul Krugman llegó a decir que *«ha transformado nuestro discurso económico. Nunca más volveremos a hablar de la riqueza y la desigualdad de la misma forma. Su libro es el más importante del año y, tal vez, del decenio»*⁽³⁶⁾. Y, en el lado opuesto, Martin Feldstein, Economista de Harvard y Presidente Emérito de la Oficina Nacional de Investigación Económica de EE. UU. (NBER), vino a criticar al Economista francés porque, según él, *«proclama un inevitable aumento de la desigualdad en todos los países, basándose para ello en la falsa teoría de que la riqueza se acumula en la economía de mercado»*⁽³⁷⁾.

Sin embargo, el libro en cuestión sufrió un revés cuando el *Financial Times* publicó un análisis aflorando una serie de errores que ponen en duda incluso las conclusiones de la obra. Un extenso artículo publicado



Doctrina

por el Editor económico del rotativo, Chris Giles, atribuyó al Economista francés cálculos *torticosos*⁽³⁸⁾, sobre todo en el capítulo 10, sobre la distribución de riqueza.

En el sentido apuntado, Giles detectó diferentes incorrecciones (algunos simples errores de transcripción, como tomar mal el dato de concentración de riqueza de Suecia), como igualmente le reprochó no justificar los ajustes que realiza en las proyecciones para épocas en las que no había datos o el hecho de no aplicar el mismo método para todos los países. Además, se acusó a Piketty de no ponderar adecuadamente la población cuando calcula medias europeas (que hace solo con tres países: Suecia, Gran Bretaña y Francia), y de utilizar las comparaciones de los años que más le convienen a su tesis sobre el incremento de la brecha social.

Piketty, que publicó en Internet las hojas de cálculo en las que basa sus explicaciones, respondió al *Financial Times* que «*la disponibilidad de datos sobre riqueza [donde se concentran los principales reproches] es menos sistemática que para la renta*». Y que para homogeneizar las diversas fuentes de información (entre países, épocas, etc.) eran necesarios los ajustes por él realizados. Para al final de todos sus alegatos manifestar:

«*No tengo duda de que mi base de datos histórica puede mejorar y mejorará*».

El caso de Piketty con sus datos recuerda al error descubierto en un estudio de dos prestigiosos economistas de Harvard, Carmen Reinhart y Kenneth Rogoff, publicado en 2010 y en el que alertaban del lastre que el exceso de deuda pública supone para el crecimiento de los países. En concreto, calculaban que la actividad se frenaba de forma muy abrupta cuando el pasivo superaba el 90 % del PIB. Una tesis que fue utilizada como gran argumento intelectual por los principales defensores de los recortes de gasto público en las primeras fases de la crisis de la Eurozona, para así frenar las nuevas emisiones de deuda, se vio muy debilitada cuando un estudiante de doctorado de la Universidad de Massachusetts descubrió que Reinhart y Rogoff habían omitido por error algunos datos de gran calado, utilizando, además, metodologías más que discutibles⁽³⁹⁾. Y, en medio del fuego generado sobre los potenciales errores de Piketty, el Nobel Paul Krugman opinó que algunos lapsus concretos podían ser ciertos, pero defendió la idea global de Piketty.

Aunque parezca anecdótico, citaremos un caso del *efecto Piketty* según *The Econo-*

mist, a propósito del trato que se da a los pasajeros de distintas clases en los aviones de línea, a partir del suceso de dos pasajeros de *económica* que causaron un alboroto en un vuelo entre Miami y París, al reclinar uno de ellos su asiento y molestar al viajero a su espalda. Y ese solo fue uno de los tres incidentes que, en una quincena, condujeron a desviar aviones ya en pleno vuelo a sus aeropuertos de origen⁽⁴⁰⁾. La causa de tales episodios está clara:

Quienes viajan en las filas traseras más baratas de los aviones apenas tienen espacio para leer el libro de Thomas Piketty, lamentando una nueva edad de desigualdad. Las líneas aéreas piensan que aún hay nuevos sitios donde poder encajar asientos en la clase económica, lo cual los pasajeros, a pesar de sus lamentos, tolerarán, a cambio de tarifas baratas. Mientras tanto, la clase preferente se hace cada vez más comfortable...

Algunos asientos de clase turista ya han perdido aproximadamente el 30 % de su peso de hace 20 años, dice René Dankwerth de Recaro, un fabricante de asientos. Y todavía pueden perder más: el acolchado se está haciendo más delgado, al sustituir la espuma por redes; los mecanismos reclinables se están quitando en ciertos modelos de aviones. La mayor parte del espacio suplementario así creado se usa para enlazar filas complementarias de asientos. Es una muestra de la desigualdad creciente que denuncia Piketty⁽⁴¹⁾.

VIII. EL CAPITALISMO, UN GATO DE SIETE VIDAS

La referencia a *El capital en el siglo XXI* me lleva a recordar un ensayo titulado *Globalización y ecomoderna*⁽⁴²⁾, que publiqué en 2003 y en el que me ocupé de cuestiones que se tratan en este documento. En aquella circunstancia, me referí a que el capitalismo es un *verdadero gato de siete vidas*, pues, como sistema económico con orígenes muy antiguos, se desarrolló desde la revolución industrial con un ímpetu indudable. Y las diversas amenazas que fueron surgiendo contra el sistema, en pro de un cambio de modelo, se vieron rebatidas en una serie de momentos cronológicos que muy rápidamente reseñamos aquí:

- 1848, el año de publicación del *Manifiesto comunista* de Marx y Engels, y también el de la primera revolución social en Eu-





- ropa, con efectiva participación obrera. La respuesta a esa crisis fue la reconfiguración de una serie de regímenes autoritarios para frenar los efectos del obre-rismo: el Imperio de Luis Bonaparte en Francia y el de Bismarck en Alemania.
- 1871. Karl Marx expresó, en muchos de sus escritos, su admiración por la Comuna de París de 1871, el primer caso de socialismo en una comunidad concreta (aunque de modo efímero), en el París resistente a las fuerzas de una nueva República autoritaria formada tras la caída del régimen de Napoleón III. La respuesta global, desde Inglaterra a Rusia, fueron nuevas leyes industriales y laborales contra los principales abusos.
 - 1917. La Revolución Rusa de octubre de 1917 (noviembre en Occidente, por los diferentes calendarios), dirigida por Lenin (autoconsiderado como el continuador más inmediato de Marx con lo que después se llamaría *marxismo-leninismo*), significó la promoción de movimientos tipo bolchevique en varios países, pero sin el resultado deseado de una revolución mundial, por las medidas represivas que asumieron los distintos regímenes políticos. En EE. UU., la principal respuesta, no buscada expresamente, fue el ya mencionado taylorismo, que tanto admiró Lenin y que empezó a aplicarse con su Nueva Política Económica (NEP), luego abandonada por Stalin.
 - 1929-1939 fue la década de la Gran Depresión, cuando el capitalismo estuvo en su máximo peligro de degradarse al fascismo/nacionalsocialismo (como sucedió en Italia y Alemania) o de desaparecer, si la experiencia soviética hubiera tenido réplicas más duraderas. Sin embargo, las dificultades del momento se superaron, en parte, con políticas que hoy llamaríamos *keynesianas* (sobre todo en EE. UU., con el New Deal). No obstante, y sin minusvalorar todo lo anterior, cabe decir que fue la Segunda Guerra Mundial la que comportó el pleno empleo y la superación definitiva de la fase depresiva del capitalismo en 1929-1939.
 - Tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1947), los avances de la URSS hacia el centro de Europa, con el *telón de acero* dividiendo las dos Alemanias, comportó el llamado *reto soviético* de un mayor crecimiento en el socialismo real que en el capitalismo de postguerra. Y, en el plano

teórico, Joseph Schumpeter, en su libro *Capitalismo, socialismo, democracia*⁽⁴³⁾, llegó a la conclusión de que el capitalismo no sobreviviría. Una situación que se solventó, sobre todo, con el Plan Marshall, de consecuencias realmente recomponedoras del capitalismo en Europa, a un nivel tecnológico muy superior al de la preguerra y con la característica adicional de que el referido Plan abrió la ruta a una serie de proyectos de cooperación e integración económica.

- La derrota de EE. UU. en Vietnam y la rebelión de una serie de países hasta entonces neutrales en pro de una acción menos atemperada que hasta entonces (los casos de Egipto, Libia, Irak, etc.) llevaron a una situación en que por primera vez se pensó que EE. UU., con su capitalismo altamente dinámico por comparación con Europa, no podría mantener su dominación de manera indefinida. La reacción, en este caso, se tradujo en el montaje del G-7 como directorio económico del mundo capitalista, junto con la creación de la Agencia Internacional de la Energía (en el marco de la OCDE), para frenar la subida de los precios de los hidrocarburos.

Otros retos vendrán y otras posibles políticas alternativas los disminuirán o erradicarán, de modo que un cambio de sistema a escala mundial supondría una transformación inimaginable. Y más aún después de los comentados casos de la Unión Soviética, desintegrada en 1991, y de China convertida en primera potencia mundial por su PIB desde 2014, ya como país miembro de la Organización Mundial de Comercio, con una economía de corte capitalista aunque todavía con gran intervención estatal.

IX. DESIGUALDAD EN LA UE Y EN ESPAÑA

Según el Profesor Juan Ramón Cuadrado Roura, los datos elaborados por la Comisión de la UE evidencian que la crisis de 2008-2013 supuso el final de un largo periodo en el que las diferencias económicas interregionales europeas estaban reduciéndose, en un claro giro hacia una mayor divergencia⁽⁴⁴⁾.

Además, el incremento de las disparidades interregionales en renta y empleo no solo afectó a los países europeos más castigados por la crisis, como España, sino que también incide en

las regiones de algunos países de la UE que no sufrieron el cambio de tendencia con tanta intensidad. De hecho, dos tercios de las regiones comunitarias registraron una contracción de hasta un 6 % de su PIB por habitante durante algunos años, y entre las diez regiones europeas en que la renta per cápita registró caídas más elevadas figuran algunos de los países más ricos, como Finlandia y Dinamarca.

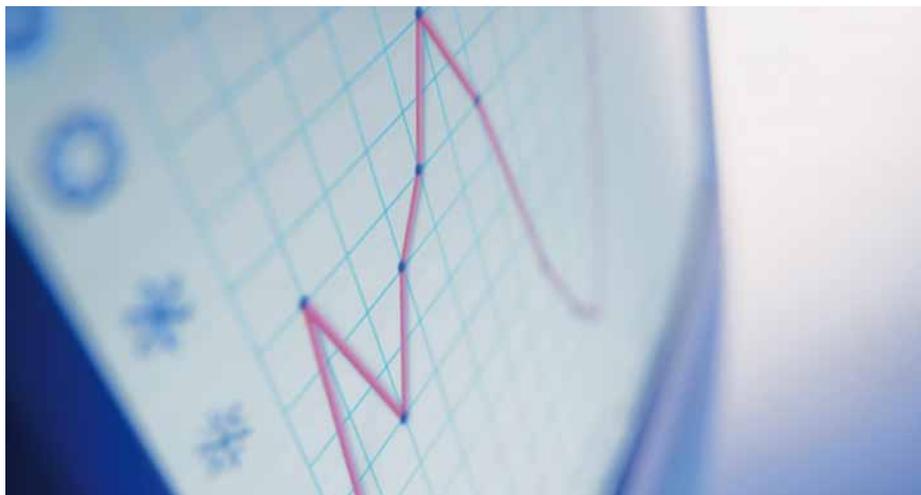
La crisis ha provocado un incremento de la población europea en riesgo de pobreza y de exclusión social. Los indicadores que suelen utilizarse para medir estos conceptos (tasa de riesgo de pobreza, tasa de privación material grave e intensidad laboral muy baja) muestran un claro empeoramiento

Por otro lado, como se reconoció en el 8.º Informe de Progreso sobre la Cohesión Económica y Social, la crisis provocó un claro incremento de la población europea en riesgo de pobreza y de exclusión social. En este sentido, los tres indicadores que suelen utilizarse para medir estos conceptos (tasa de riesgo de pobreza, tasa de privación material grave e intensidad laboral muy baja) muestran un claro empeoramiento de todos ellos.

Pasando ahora del ámbito UE al de España, en los párrafos que se transcriben a continuación, hay un breve informe sobre el tema.

En los cuatro primeros años de la crisis, el ingreso medio del 10 % más pobre de la población española retrocedió 7,5 veces más que lo que cayó la renta del 10 % más rico, apenas erosionada entre 2007 y 2011⁽⁴⁵⁾. Más concretamente, en relación con 2007, el ingreso anual en 2011 del 10 % de la población más pobre retrocedió un 42,4 % (pasando de 4.664 euros por persona a 2.685), mientras que, en el caso del 10 % más rico, la renta bajó un 5,6 %, de 39.204 euros de media en 2007 a 36.985 euros cuatro años después.

Por su parte, el Economista Rodolfo Gutiérrez señala que España había conocido desde mediados de los años 70 un largo periodo de reducción de la desigualdad de rentas, proceso que se frenó durante la subsiguiente fase del ciclo de crecimiento económico 1996-2007, situándonos en posiciones próximas al promedio de los países



de la OCDE. Pero, después, la Gran Recesión (2008-2013) cambió el signo de la evolución y España se convirtió en uno de los países desarrollados donde más está creciendo la desigualdad de rentas⁽⁴⁶⁾.

La situación expuesta no es de extrañar, si se tiene en cuenta la magnitud de la pérdida de empleo en los años referidos y que la intensidad de esa pérdida afectó a los hogares con rentas más bajas. Según las cifras oficiales del INE, a través de la EPA, el número de hogares en los que todos sus activos están en paro se acerca (verano de 2014) a los 2 millones, cuando eran 380.000 a finales de 2007. Y los hogares sin ningún perceptor de ingresos eran 170.000, siendo 769.000 en 2014. Ya en 2010, los hogares que estaban en el decil más bajo del nivel de renta venían perdiendo desde 2007, por el paro creciente y la congelación o caída de salarios, un promedio anual de un 14 % de su renta disponible, cuando la pérdida de promedio del conjunto de los hogares era del 3 %.

Sin embargo, las anteriores expresiones sobre caída de los ingresos en los estratos económicos más débiles podrían tener una rectificación de considerable volumen, si se tuviera en cuenta la *economía sumergida*, que en las últimas averiguaciones se cifró en torno al 24,6 % del PIB⁽⁴⁷⁾. Incluso el INE (con criterios muy discutibles) ha decidido incluir en la estimación de la renta, siguiendo recomendaciones de Eurostat, actividades no declaradas e incluso delictivas o sociológicamente discutibles, como son el narcotráfico y la prostitución.

Con base en algunos indicios existentes, podría decirse que la población *ocupada* en España en la economía sumergida incluiría los siguientes efectivos:

- *Jubilados* que oficialmente no aparecen en ninguna estadística laboral, a pesar de seguir desarrollando actividades económicas, generalmente retribuidas, o en algunos casos de *voluntariado*. En este caso, en el que cabe incluir al autor de este ensayo, podrían encontrarse no menos de un 10 % del número total de jubilados y pensionistas, que en la última referencia de la EPA, de octubre de 2014, asciende a 9,25 millones de personas. Así pues, podemos llevar al cómputo el 10 % de esa cifra, 925.000 personas, con capacidades muy distintas: desde ingenieros y abogados que siguen asesorando a empresas hasta oficios de ingresos mínimos.
- *Trabajo doméstico*, en el que hay empleadas en España unas 900.000 personas. Y para nuestro cómputo cabe recordar que, a la hora de regularizar hace unos años ese colectivo, se detectó una bolsa no declarada de ocupados de algo más de medio millón de personas. Con la crisis, ese volumen se habrá resentido, pero quedará por lo menos la mitad, es decir, unas 250.000 personas.
- En algunas declaraciones del Gobierno sobre el fraude en la Seguridad Social, se llegó a mantener que, de los más de 2,5 millones de parados que perciben algún tipo de prestación de desempleo, había por lo menos 900.000 desarrollando alguna clase de trabajo no declarado.
- Finalmente, quedarían los *sinpapeles* y *asimilables*, y aunque esta cifra se ha reducido por la propia crisis, cabe estimar que sigue habiendo por lo menos unos

500.000, sobre todo en trabajos agrícolas, pequeña hostelería, etc.

En resumen, con la estimación realizada, resulta que podríamos tener trabajando de manera efectiva, aunque sin figurar en estadísticas oficiales, 925.000 jubilados y pensionistas; 250.000 en trabajos domésticos; 900.000 perceptores de prestaciones de paro que, sin embargo, desarrollan alguna actividad laboral, y 500.000 *sinpapeles*. Sumando, resulta una cifra de 2.575.000.

Ese guarismo podrá parecer exagerado a algunos, y efectivamente podría serlo, si nos refiriéramos a unidades de trabajo/hombre (UTH) de 39 horas semanales, ya que muchos de esos trabajos tienen sus irregularidades y carácter a veces a tiempo parcial. En cualquier caso, la economía sumergida, expresada en términos laborales, sería un amortiguador de la crisis y tendría un efecto reductor de la desigualdad que se ha manifestado. Por su parte, dentro de la crisis, ¿cuánto ha disminuido el Estado de Bienestar? El Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, presumió en un acto político en Murcia, el 26 de octubre de 2014, de haber mantenido los pilares del Estado de Bienestar pese a los esfuerzos que hubo de demandar a los españoles «*después de que el Ejecutivo del PSOE perdiera 70.000 millones de recaudación*». Rechazó así las que él llamó «*mentiras de la oposición acusando a su Gobierno de recortes en sanidad y educación*»⁽⁴⁸⁾, pero no cifró sus declaraciones en términos concretos.

Las disparidades en términos de PIB por habitante entre comunidades se han incrementado de nuevo hasta situarse prácticamente en la posición que tenían a finales de la década de 1990

En lo que concierne a la distribución interregional en España, la estimación de un indicador bien conocido (la convergencia sigma) muestra que, si bien hasta 2005 cabía hablar de una modesta tendencia a que las diferencias interregionales se redujesen, desde 2006 este proceso se detuvo y desde 2008 en adelante la trayectoria cambió claramente de signo. De forma que las disparidades en términos de PIB por habitante entre las comunidades se han incrementado de nuevo hasta situarse prácticamente en



la posición que tenían a finales de la década de 1990⁽⁴⁹⁾.

El País Vasco, la comunidad que actualmente figura en la primera posición en PIB por habitante, incrementó en más de 6 puntos porcentuales la distancia que lo separa de la región con un PIB por habitante más bajo, Extremadura; lo mismo sucedió respecto a Andalucía y, aunque en proporción algo menor, por comparación con Castilla-La Mancha, Murcia y Canarias.

X. EL INTERESANTE CASO DE IBEROAMÉRICA

Además de los escenarios de desigualdad examinados, especialmente EE. UU. y España, incluimos una referencia al caso de Iberoamérica, donde hay varios estudios de interés sobre el tema, empezando por la propia Comisión de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL)⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, el Economista chileno Alejandro Foxley, en su trabajo sobre *La trampa del ingreso medio*⁽⁵¹⁾, se refiere a cinco países que, en principio, parecían haber superado la barrera implícita de su tesis. Y entre esos países, sobre todo, están Finlandia y Corea del Sur, como los de más claro éxito, e Irlanda, que, después de un período notable en que pasó de ser el país más pobre de Europa a tener el ingreso per cápita más alto en menos de 20 años, desembocó en una profunda crisis financiera en 2008. A su vez, España y Portugal también muestran una secuencia de buenas fases de crecimiento hasta sumergirse en la crisis que algunos han llamado, un tanto despectivamente, *la de la periferia de Europa* (cuadro 1). Algunas lecciones comunes de los éxitos y fracasos en el diseño e instrumentación de las políticas de los cinco países citados cabe sintetizarlas como sigue:

- Una política fiscal no complementada por una política monetaria contracíclica y regulación financiera puede llevar a un ciclo de *boom* y *bust*⁽⁵²⁾.
- Las rigideces laborales y cambiarias actúan como una restricción para mantener la competitividad.
- Las políticas de inversión en capital humano e innovación son clave para sostener el crecimiento de largo plazo.
- Un consenso social y político provee los fundamentos más sólidos para relanzar un rápido crecimiento en la economía.

Dentro de los estudios a que estamos refiriéndonos, es de especial pertinencia el trabajo de Ivonne González y Ricardo Mart-

ner «Superando el “síndrome del casillero vacío”. Determinantes de la distribución del ingreso en América Latina»⁽⁵³⁾.

Cuadro 1. Transiciones de países de ingreso medio a ingreso alto

PAÍS	FASE DE CRECIMIENTO A LA TRANSICIÓN	INGRESO PER CÁPITA PPP AL COMIENZO Y AL FINAL DEL PERÍODO		TIEMPO TOTAL EN AÑOS
FINLANDIA	1972-1988	15.074	23.757	16
COREA DEL SUR	1994-2004	15.908	23.854	10
IRLANDA	1987-1995	15.402	22.928	8
ESPAÑA	1973-1996	15.368	23.375	23
PORTUGAL	1988-2007	15.374	23.120	19

Fuente: Elaboración de A. Foxley sobre la base del World Economic Outlook, FMI (abril de 2012).

Un trabajo en el que se aprecia cómo la persistente desigualdad en el área citada parece reflejar la inexistencia de políticas específicas orientadas a disminuir la brecha de renta y riqueza. Y, a la hora de las razones de la desigualdad de la distribución del ingreso, se refiere a las estimaciones para 18 países latinoamericanos respecto del período 1990-2010, y se aprecia la relevancia de variables educacionales, institucionales y macroeconómicas en las mejoras recientes (hasta 2010). Asimismo, se identifica la trascendencia de la acción fiscal, con variables como el gasto social, el gasto en educación, el gasto en capital y un indicador de progresividad tributaria.

Por su parte, Afonso, Schuknecht y Tanzi⁽⁵⁴⁾ sostienen que, en un momento dado, en un país dado, la distribución del *ingreso primario* (previa a la intervención del Estado) estaría determinada por los siguientes factores:

- La herencia de la riqueza tangible y material.
- La herencia de capital humano, incluida una infinidad de activos que determinan el capital social de una persona.
- Normas y costumbres societales, incluidos sistemas explícitos e implícitos de castas y tribus y de matrimonios de similar riqueza o capital social.
- Las políticas públicas pasadas.

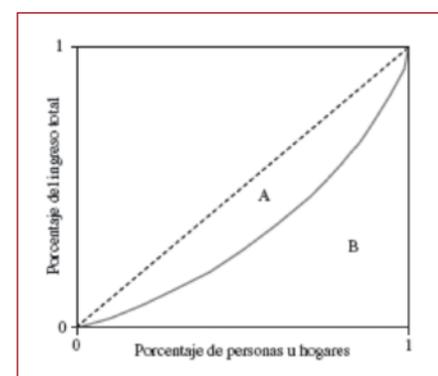
También habría que hablar del talento individual, que, por cierto, tomado aisladamente, ha hecho ricos a pocos individuos, si bien ha de destacarse la preponderancia de factores hereditarios, que no pueden cambiarse en el corto plazo y que tienen que ver esencialmente con la posición social inicial

de los individuos en la sociedad. En el sentido apuntado, la equidad puede definirse como la igualdad de oportunidades.

Como en los trabajos comentados se hace referencia continua al coeficiente de Gini como medidor de la desigualdad, recordemos aquí que dicho coeficiente de Gini se define sobre la base de la curva de Lorenz, que describe el porcentaje acumulado del ingreso total que le pertenece al porcentaje más pobre de la población. En ese contexto, el coeficiente se calcula como el cociente entre el área comprendida, en el gráfico 1, entre la diagonal y la curva de Lorenz (área A, en el gráfico) sobre el área bajo la diagonal (área A + B).

Si existiera una perfecta igualdad, la curva de Lorenz coincidiría con la diagonal, el área A desaparecería y el índice de Gini se haría 0, indicando ausencia de desigualdad. En el otro caso extremo, si existiera una desigualdad total (es decir, una situación donde todo el ingreso fuera propiedad de una sola persona), la curva de Lorenz coincidiría con los ejes, el área B desaparecería y el coeficiente de Gini se haría 1, indicando desigualdad total.

Gráfico 1. Curva de Lorenz



Doctrina

En el cuadro 2, del artículo de Afonso, Schuknecht y Tanzi, se incluye una estimación del Ministerio de Planificación del Brasil con la evolución del coeficiente de Gini entre 1995 y 2015, que contiene una expli-

cación de todo el proceso en cuestión. Por otro lado, los tres citados autores calcularon el coeficiente de Gini de los 18 países en relación con la evolución de tres variables: gasto social (gráfico 2), progresividad tribu-

taria (gráfico 3) y tasa de desempleo (gráfico 4), pudiendo llegarse a la conclusión de que las mencionadas variables (derivadas de políticas sociales concretas) son determinantes de la disminución de la desigualdad.

Cuadro 2. La distribución del ingreso en el Brasil

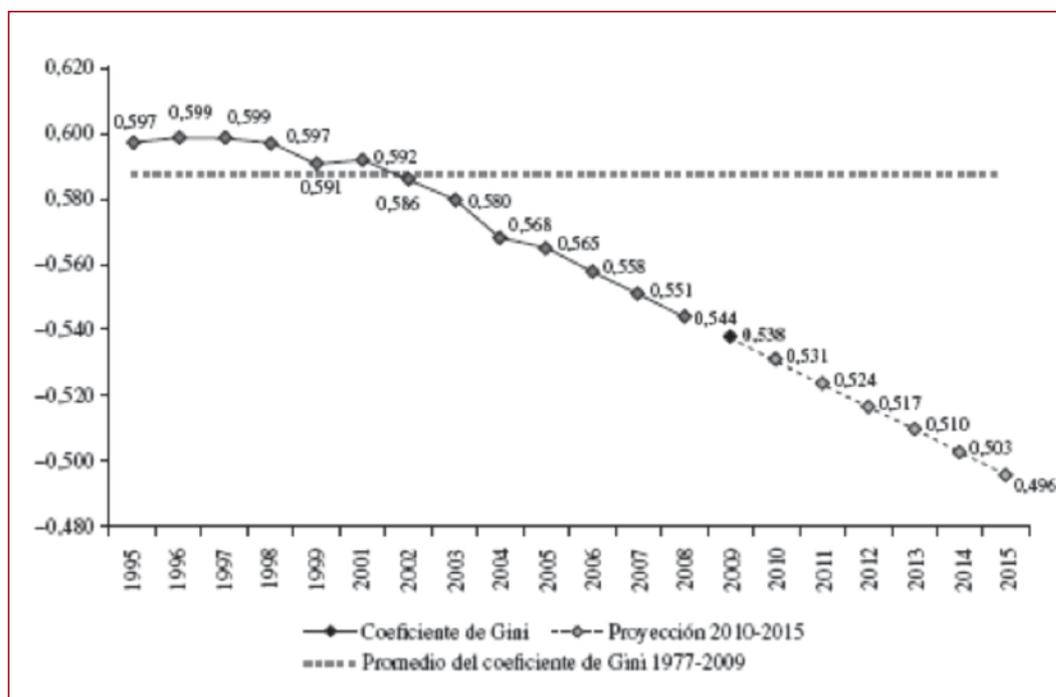
Después de décadas de estabilidad en torno de un 0,60, a partir del año 2000 el coeficiente de Gini pasó a una trayectoria de reducción de 0,7 puntos por año, llegando a 0,54 en 2008. Las evidencias disponibles indican que aproximadamente la mitad de la reducción se debió a mejoras del sistema de protección social, destacándose las contribuciones del programa Bolsa Familia (pbf) y de otros programas de asistencia social. En lo referente al pbf, hubo una ampliación considerable de las familias beneficiarias (hoy, 11 millones de familias, o sea, casi 50 millones de individuos).

La segunda política fundamental para la reducción de las desigualdades fue la valorización del salario mínimo, que ha aumentado continuamente desde 1995. Conviene resaltar que, desde 2007, fue implementada una política de valorización del salario mínimo vigente hasta 2023, en que se prevén reajustes sobre la base de la inflación y el crecimiento del PIB de dos años antes. El salario mínimo indexa dos tercios de los beneficios de la seguridad social, tanto urbanos como rurales.

Además de la red de protección social y de la recuperación del salario mínimo, la formalización creciente también contribuye a un mercado del trabajo cada vez más inclusivo. Finalmente, mejoras todavía lentas del perfil educacional de la población económicamente activa han contribuido a las reducciones de las desigualdades en el mercado laboral.

En el gráfico se aprecia el ritmo de la reducción continua esperada del coeficiente de Gini. Así, en 2015, el índice estaría por debajo del 0,50, según las metas establecidas en el Plan Plurianual (PPA) 2012-2015.

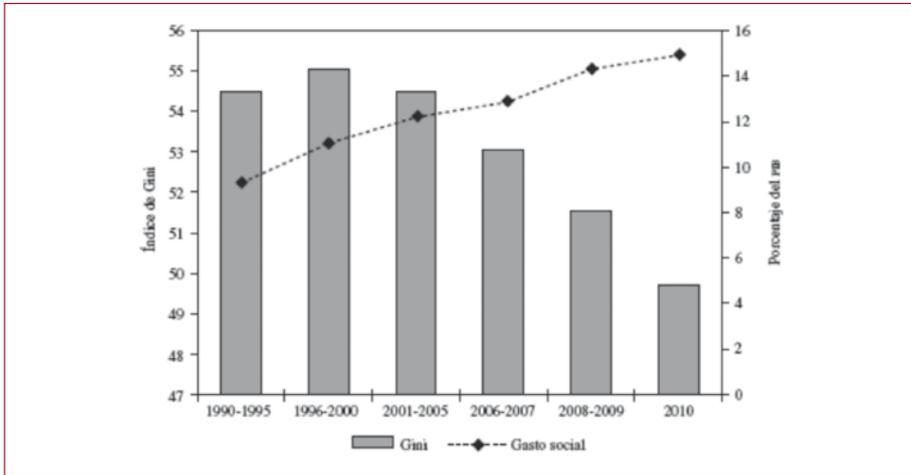
Brasil: coeficiente de Gini, 1995-2015.



Fuente: Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, «Mensagem presidencial, Projeto de Lei Orçamentária – 2009», Brasilia [en línea], http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa09/080827_ploa_Mensagem09.pdf, y «Projeto de Lei do Plano Plurianual (ppa) 2012-2015 – Plano Mais Brasil», Brasilia [en línea], <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7571&cat=155&sec=10>.



Gráfico 2. América Latina y el Caribe: coeficiente de Gini y gasto social, varios periodos

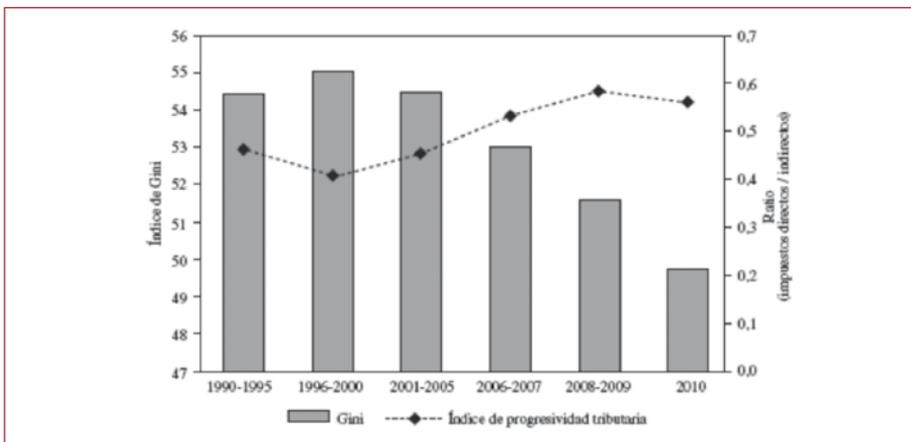


Fuente: Elaboración propia.

XI. DUDAS ACERCA DEL IMPUESTO SOBRE LA RIQUEZA

Y vamos para el final, con la solución que plantea Piketty, que se centra en un impuesto sobre la riqueza en todos los países del mundo (al objeto de no crear discriminaciones que produjeran fuertes distorsiones en el comercio mundial), con una escala del 1 % al 10 % para las grandes fortunas. Una medida bastante simplista y que recuerda no poco el célebre *impuesto único sobre la tierra* de Henry George (1839-1897), que originó gran entusiasmo en determinados círculos, para luego desvanecerse cualquier eventualidad de aplicarlo. Cosa que sucederá también con la idea de Piketty, por la discutibilidad de la propuesta pikettiana (fiscalmente, de lo más simplista) y por su difícil aplicabilidad a escala internacional.

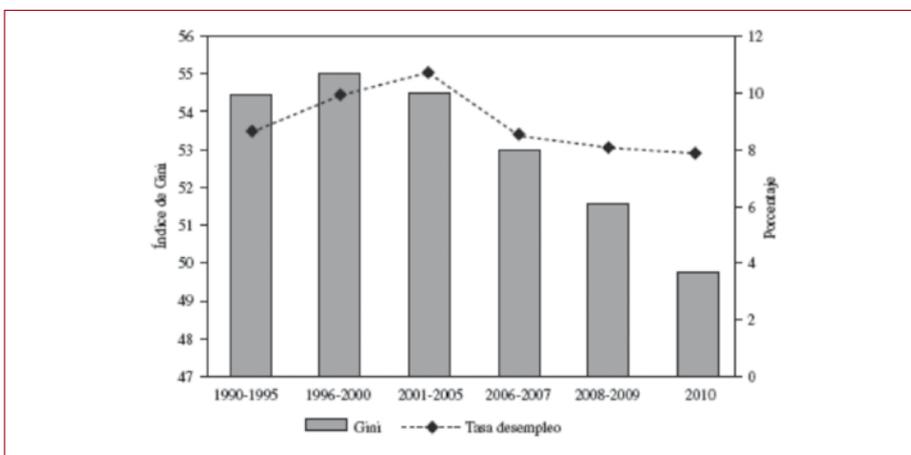
Gráfico 3. América Latina y el Caribe: coeficiente de Gini e índice de progresividad tributaria, varios periodos



Fuente: Elaboración propia.

Muchos son los instrumentos para luchar contra la pobreza y la desigualdad: la regeneración democrática, la lucha contra la corrupción, la mejor regulación y supervisión del sistema financiero, las políticas de educación, la desburocratización de las administraciones públicas, gobiernos de mayor calidad técnica y, sobre todo, la revisión del sistema fiscal, que en ningún caso puede fundamentarse en un *impuesto estrella único*

Gráfico 4. América Latina y el Caribe: coeficiente de Gini y tasa de desempleo, varios periodos



Fuente: Elaboración propia.

Como método para luchar contra la pobreza y la desigualdad, habrá que plantear un *mix* de muchos instrumentos, que rápidamente cabe enunciar: la regeneración democrática, la lucha contra la corrupción de administradores y administrados, la mejor regulación y supervisión del sistema financiero, las políticas de educación, la vigilancia de la ecuación de competitividad para el comercio exterior, la desburocratización de las administraciones públicas, gobiernos de mayor calidad técnica para afinar todo lo relativo al gasto público, evitando un derroche constante y obras faraónicas, y, sobre todo, sería precisa la revisión del sistema fiscal, que en ningún caso puede fundamentarse en un *impuesto estrella único*, sino que ha de hacerse como



un conjunto tributario que se adapte a la realidad económica y se concilie con los propósitos de futuro. Pero sin llegar a las levas de capitales... ni a los subsiguientes infiernos fiscales (que para muchos justifican los paraísos), que lejos de alentar el crecimiento lo harían más difícil aún.

Con todo lo dicho sobre desigualdad en este ensayo, incluyendo referencias al libro de Piketty, está claro que la polémica seguirá existiendo, con aportaciones de indudable interés. Por ejemplo, sobre qué podrá pasar en China cuando, como ahora, el Gobierno está decidido a disminuir las desigualdades, introduciendo sistemas, a escala nacional, de pensiones, sanidad y educación (en los dos últimos casos, con plena gratuidad la primera y hasta los 16 años la segunda).

Como también cabe esperar que toda la polémica en torno a lo que se llama *la trampa del ingreso medio*⁽⁵⁵⁾ esté incidiendo en numerosos países, especialmente algunos iberoamericanos como Chile, el Brasil e incluso México, para ampliar políticas de redistribución y romper así el círculo vicioso de no crecer porque hay demasiada des-

igualdad, y de que la desigualdad se mantiene porque no hay crecimiento suficiente.

Por otro lado, es indudable que los ciclos contribuyen a que las variables económicas y sociales que nos han ocupado se expresen en parámetros muy diferentes según el momento de cada fluctuación y según sus características.

Poco antes de morir (2009), y cuando ya estábamos plenamente en la crisis económica que se desencadenó en 2007, Paul Samuelson se expresó con una claridad terminante: «En EE. UU. no vivimos en una democracia, sino que estamos en una plutocracia. Por la sencilla razón de que las clases bajas y medias todavía no nos hemos sublevado contra las clases altas». Casi parece un epitafio, o incluso una profecía de que ante las desigualdades reinantes tendrán que venir ajustes futuros inducidos por políticas progresistas. E incluso ya en los organismos internacionales, como el FMI o la OCDE, se preconizan esas políticas, tal y como también se hace, según vimos al principio de este ensayo, por la propia banca, como se vio con el testimonio del Credit Suisse, por muy banco y muy suizo que sea.

En definitiva, la polémica va a seguir y habrá que estar atentos a su evolución, aportando elementos para que efectivamente las tendencias tan negativas de los últimos tiempos no solo no se acentúen en lo venidero, sino que cambien su dirección.

Seguirá el ensayo...

- (1) «The big read. Pay pressure», en *Financial Times*, 19 Sept. 2014.
- (2) OCDE, *Estudios económicos de la OCDE*, Sept. 2014.
- (3) De la conferencia «Posible situación económica de nuestros nietos», que John Maynard Keynes pronunció en Madrid, el 10 de junio de 1930, en la Residencia de Estudiantes, invitado por el Comité Hispano-Inglés. Dicha conferencia fue publicada después como «Economic Possibilities for our Grandchildren» e incluida en *Essays in Persuasion* (1932).
- (4) Joseph Stiglitz, «La democracia del siglo XXI», en *El País*, 14 Sept. 2014.
- (5) Zygmunt Bauman, «¿La riqueza de unos pocos beneficia a todos?», en *Elites*, n.º 186, 2014.
- (6) Matthew Josephson, *The Robber Barons*, Ed. Mariner Books, Wilmington, 1962.
- (7) Versión en español en Ed. Taurus, Madrid, 2012.
- (8) Zygmunt Bauman, «¿La riqueza de unos pocos beneficia a todos?», en *Elites*, n.º 186, 2014.
- (9) Sandro Pozzi, «El banco Credit Suisse alerta del alto riesgo de recesión por la desigualdad», en *El País*, 23 Oct. 2014.
- (10) Marc Bassets, «Lo máximo a lo que aspiramos es a agarrar pedacitos de crecimiento», en *El País*, 10 Ago. 2014.
- (11) Jorge Tamames, «Cuando la crisis es en realidad de consumo», en *Expansión*, 14 Ago. 2014.
- (12) Atif Mian y Amir Sufi, *House of Debt: How They (and You) Caused the Great Recession, and How We Can Prevent It from Happening Again*, Ed. University of Chicago Press, Chicago, 2014.
- (13) Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- (14) Hugo Sigman, «Thomas Piketty, Freud y Argentina», en *El País*, 27 Jun. 2014.
- (15) Martin Wolf, «Why inequality is such a drag on economies», en *Financial Times*, 1 Oct. 2014.
- (16) Zygmunt Bauman, «¿La riqueza de unos pocos beneficia a todos?», en *Elites*, n.º 186, 2014.



- (17) Ellen Zentner y Paula Campbell, «Inequality and consumption», Ed. Morgan Stanley & Co., 22 Sept. 2014.
- (18) Francis Fukuyama, «Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of democracy», Ed. Farrar, Straus & Giroux, Londres, 2014.
- (19) «Francis Fukuyama. The end of harmony», en *The Economist*, 27 Sept. 2014.
- (20) Editorial «The risk that QE will generate inequality. Asset prices have risen but this cannot affect central bank policy», en *Financial Times*, 25 y 26 Oct. 2014.
- (21) Robin Harding, «Income drop Stokes anti-establishment mood», en *Financial Times*, 25 y 26 Oct. 2014.
- (22) Eric Maskin, «¿Cómo reducir la desigualdad?», en *XL Semanal*, 14 Sept. 2014. Un caso muy especial es la mejora del transporte entre El Alto (4010 m de altitud) y La Paz (3500 m), en Bolivia, merced a tres teleféricos de gran capacidad.
- (23) Thomas Piketty, *El capital en el siglo XXI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- (24) *Principles of Scientific Management*, Ed. Harper & Bros., 1911. Versión española (digital): *Principios de management científico*, Ed. 42 Links, 2013.
- (25) Versión española: Editora y Distribuidora Hispano-Americana, SA, Madrid, 1991.
- (26) *Pobreza de masas*, Ed. Plaza & Janés, Barcelona, 1982.
- (27) Sin olvidar en España los casos de Jovellanos y Flórez Estrada.
- (28) *Le Détail de la France*, 1.ª ed. de 1695; versión kindle del Institut Coppet, París, 2014.
- (29) Su principal obra fue *An Essay on the Principle of Population*, publicado por primera vez en 1798 y en 1805 en su quinta edición. Ahora disponible en inglés en col. «Cambridge Texts in the History of Political Thought», Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1992. Edición española: *Primer ensayo sobre la población*, Ed. Alianza, Madrid, 2000.
- (30) *Principles of Political Economy and Taxation*, Ed. John Murray, Londres, 1817. Versión española: *Principios de economía política*, Ed. Sarpe, Barcelona, 1985.
- (31) La situación de crecientes problemas intuida por los tres autores hasta aquí citados tendría su reflejo, como subraya Piketty, en la novelística del XIX: *Oliver Twist*, de Dickens (novela por entregas de aparición mensual en la revista *Bentley's Miscellany*, entre febrero de 1837 y abril de 1839; versión española: Ed. Tantaia [Vicens Vives], Barcelona, 2014); *Germinal*, de Zola (Ed. G. Charpentier, París, 1885; versión española: Ed. Tecnibook, Madrid, 2013), y *Los Miserables*, de Víctor Hugo (*Les Misérables*, Ed. A. Lacroix, Verboeckhoven & Ce., París, 1862; versión española: Ed. Alianza, Madrid, 2013), tres libros que ningún economista debería dejar de leer para saber lo que fueron los tiempos del capitalismo manchesteriano de la época de Marx.
- (32) Edición original en alemán: *Manifest der Kommunistischen Partei*, 1848. Versión española: Ed. Akal, Madrid, 2004.
- (33) *The Condition of the English Working Class*, 1844. Véase Paulino Busca, *Friedrich Engels: La condición de la clase obrera en Inglaterra*, Ed. Crítica Filosófica, Madrid, 1979.
- (34) Una síntesis de sus trabajos es *A Theory of Economic Growth*, Ed. W. W. Norton & Co., Londres, 1968.
- (35) Joseph E. Stiglitz, «La democracia en el siglo XXI», en *El País*, 14 Sept. 2014.
- (36) «Thomas Piketty y *El capital en el siglo XXI*: el éxito de un documento que augura más desigualdad», en *El Economista*, 27 Abr. 2014.
- (37) Vanessa Houlder, «Piketty defends findings on wealth», en *Financial Times*, 26 Mayo 2014.
- (38) Amanda Mars, «Mazazo a la "Pikettymania"», en *El País*, 25 Mayo 2014.
- (39) Antonio Mora Plaza, «Los errores de Reinhart y Rogoff y su aprovechamiento neoliberal» [en línea], <http://www.nuevatribuna.es>, 15 Mayo 2013. También el blog de Miquel Roig, *El valor del dinero*, en *Expansion.com*: «Bruselas reniega de Reinhart y Rogoff», 17 Abr. 2014.
- (40) «Aircraft cabins. Piketty Airways», en *The Economist*, 20 Sept. 2014.
- (41) «Aircraft cabins. Piketty Airways», en *The Economist*, 20 Sept. 2014.
- (42) Ramón Tamames, *Este mundo en que vivimos: globalización y ecomparadigma*, Ed. Institució Alfons el Magnànim, Valencia, 2003.
- (43) Primera edición publicada en Londres en 1942. Edición española: Ed. Folio, Barcelona, 1984.
- (44) Juan R. Cuadrado Roura, «La crisis agranda las desigualdades», en *Expansión*, 27 Oct. 2014.
- (45) Alejandro Bolaños, «España sufre la crisis más desigual», en *El País*, 20 Jun. 2014.
- (46) Rodolfo Gutiérrez, «La batalla contra la pobreza», en *El País*, 13 Ago. 2014.
- (47) J. S. G., «Gestha dice que la economía sumergida creció al 24,6 % del PIB por la crisis», en *El País*, 29 Ene. 2014.
- (48) «Rajoy presume de haber mantenido el Estado del Bienestar pese a la crisis», en *Expansión*, 27 Oct. 2014.
- (49) Juan R. Cuadrado Roura, «La crisis agranda las desigualdades», en *Expansión*, 27 Oct. 2014.
- (50) *Revista Cepal*, n.º 108, Dic. 2012.
- (51) Alejandro Foxley, *La trampa del ingreso medio: El desafío de esta década para América Latina*, Ed. Ciepplan, Santiago de Chile, 2012.
- (52) *Bust*: desplome de la economía por los desequilibrios acumulados en la fase de rápida expansión.
- (53) *Revista Cepal*, n.º 108, Dic. 2012.
- (54) A. Afonso, L. Schuknecht y V. Tanzi, «Income Distribution Determinants and Public Spending Efficiency», en *Working Paper Series*, n.º 861, Ed. Banco Central Europeo, Frankfurt, 2008.
- (55) Para este tema, véase el ya mencionado libro de Alejandro Foxley, *La trampa del ingreso medio: El desafío de esta década para América Latina*, Ed. Ciepplan, Santiago de Chile, 2012.

Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma

Rodolfo Fernández Fernández

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil. ESADE Facultad de Derecho Socio y Abogado de MILINERS Abogados y Asesores Tributarios Vicepresidente de AFA (Asociación para el Fomento del Arbitraje)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CONDUCTAS FRECUENTES EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES
- III. COMPETENCIA OBJETIVA Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES
- IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias mercantiles que se acaban judicializando han crecido de forma exponencial en los últimos años, al socaire de la actual crisis económica. Se ha producido una judicialización creciente de la vida empresarial, y ello se percibe tanto en las relaciones internas —acciones de los socios contra la sociedad o sus administradores— como también en las externas —conflictos derivados de incumplimientos contractuales o de su denuncia, por competencia desleal de los competidores o de los propios empleados.

Desde la creación de los juzgados mercantiles por la reforma de la LOPJ realizada



por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, se creó una planta de jueces especializados en Derecho Mercantil que ha supuesto un cambio sustancial. La calidad de los profesionales que dirigen los juzgados mercantiles, además de su dedicación y denuedo, son conocidos por los abogados y académicos de esta especialidad. Del mismo modo, también es cierto que el legislador que impulsó tan loable iniciativa de espe-

cialización judicial no consideró la inclusión, entre las materias sometidas a los jueces especializados en el art. 86 ter de la LOPJ, de algunas típicas y propiamente de Derecho Mercantil. Es el caso de los contratos y otros negocios jurídicos mercantiles, cuyas controversias, salvo que medie cláusula arbitral, siguen resolviéndose por los juzgados de primera instancia del territorio o población que sea competente.



Vamos a analizar algunos casos reales en los que se producen frecuentemente conflictos de competencia objetiva y comentaremos algunas de las resoluciones que los han resuelto, lo que nos permitirá calibrar la importancia del problema y la necesidad de las reformas que apuntamos en este trabajo.

En los contratos de distribución comercial —y, en sentido amplio, también en otros de colaboración empresarial—, la extinción del contrato puede venir acompañada de circunstancias que lleven a las partes al ejercicio de acciones combinadas con las derivadas del contrato y su extinción. Así, es frecuente que la parte que se considera perjudicada por la extinción contractual, ya sea por expiración del término, por resolución, desistimiento o cualquier otra, pretenda la existencia de hechos anteriores, coetáneos o posteriores a la extinción que sean constitutivos de competencia desleal, acusación esta que habitualmente suele ejercer el distribuidor.

También se producen situaciones que pueden vulnerar la normativa de defensa de la competencia, particularmente, en los contratos verticales que contienen cláusula de exclusiva o bien cláusulas que de algún modo restringen la libre competencia y cualesquiera otros acuerdos colusorios. Acontece, respecto de tales acuerdos verticales, que determinadas cláusulas pueden resultar prohibidas por la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, o por el Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010. Con la reforma de la LOPJ y la creación de los juzgados de lo mercantil —y, en particular, por la atribución de competencia que realiza la disp. adic. 1.ª de la Ley 14/2007—, los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC.

Los problemas de competencia objetiva se producen frecuentemente también en otras materias, como las acciones contra los administradores sociales de las sociedades de capital y la reclamación de la deuda que la sociedad administrada debe al actor. Por un lado, la cuestión prejudicial sería la infracción contractual por el impago por la sociedad de sus obligaciones, mientras que la cuestión principal, por ser más específica, sería la de responsabilidad de los administradores⁽¹⁾.

En efecto, antes de la creación de los juzgados mercantiles por la reforma de la



FICHA TÉCNICA

Resumen: La conflictividad mercantil que se produce ante la concurrencia de acciones que tienen su origen en hechos conexos o estrechamente vinculados comporta frecuentemente la intervención de órganos judiciales distintos, particularmente, los juzgados de lo mercantil y los de primera instancia. Se produce así una multiplicación de los procedimientos y, por tanto, de los conflictos a resolver por la Administración de Justicia, con la producción de costes que podrían evitarse.

Son situaciones que acarrear consecuencias en la pendencia de controversias durante largo tiempo y que también comportan situaciones imprevisibles inicialmente y fatales para la parte afectada, como la prescripción de las acciones por su no ejercicio ante el órgano judicial adecuado.

Con este trabajo pretendemos, en primer término, exponer la problemática, con un estudio de casos y resoluciones, a la vez que proponer soluciones de política legislativa y, muy particularmente, de promoción de la arbitrabilidad de las controversias, para evitar la proliferación de procedimientos y, en definitiva, de conflictos que bien podrían reducirse.

Palabras clave: Litigio, arbitraje, órganos jurisdiccionales competentes, Derecho Procesal.

Abstract: Commercial disputes arising as a result of the simultaneous existence of proceedings that all derive from facts that are linked or closely related frequently entail the intervention of different judicial bodies, especially the commercial courts and the courts of first instance. This gives rise to a proliferation of proceedings, and as such to an increased number of conflicts to be resolved by the Administration of Justice, in turn resulting in avoidable costs.

These are situations which have consequences that lead to disputes being prolonged for protracted periods of time, and which also entail situations which were initially unforeseeable and fatal for the affected party, such as the time-barring of rights of action because they were not exercised before the proper judicial body.

In this work we seek, first of all, to set out the problem by examining specific cases and resolutions, while also proposing solutions in terms of legislative policy, and quite specifically through the promotion of referring disputes to arbitration, in order to avoid the proliferation of both proceedings and disputes, which could well be reduced.

Keywords: Litigation, arbitration, competent jurisdictional bodies, Procedural Law.

LOPJ realizada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, la cuestión tenía un relativo interés y, aunque, como veremos, la combinación de elementos de una y otra figura existía del mismo modo, la repercusión práctica era mínima, ya que los juzgados de primera instancia eran los únicos competentes.

Más allá de la Administración de Justicia ordinaria, es recomendable un verdadero y decidido impulso del legislador a favor del arbitraje, con el objetivo que sea el método natural y habitual en la solución de controversias mercantiles, en particular, en las cuestiones societarias y en la contratación mercantil

En este trabajo proponemos también algunas soluciones *de lege ferenda*. Por un lado, el refuerzo de la planta judicial especializada de los juzgados de lo mercantil,

para poder así atribuirles más competencias en aquellas materias en las que se está produciendo continuamente esta perniciosa situación. Y, por otro, más allá de la Administración de Justicia ordinaria, es recomendable un verdadero y decidido impulso del legislador a favor del arbitraje, con el objetivo que sea el método natural y habitual en la solución de controversias mercantiles, en particular, en las cuestiones societarias y en la contratación mercantil.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CONDUCTAS FRECUENTES EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

La creación de los juzgados de lo mercantil ha provocado, en los últimos años, el interés de las partes —dirigidas, lógicamente, por sus abogados—, que astutamente intentan aprovechar las nuevas posibilidades que abre la reforma. Así, son diversas las situaciones y la casuística es de lo más rica. Comentamos brevemente algunos casos vividos que nos parecen significativos, empezando por resoluciones de primera instancia.

Ante una extinción contractual por resolución notificada por el empresario principal, un turoperador, y fundamentada en el incumplimiento del contrato, se presenta por la empresa colaboradora en un contrato de receptivo turístico —empresa de receptivo— una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia alegando una resolución injusta que aparece fundamentada prácticamente en toda su extensión en cuestiones de competencia desleal. Se trata del auto, ya firme actualmente, de fecha 1 de octubre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia 2 de Arenys de Mar. La parte actora ejercita la acción de impugnación de la resolución contractual que había notificado la demandada y presenta, por ello, la demanda en el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente. Sin embargo, la demanda —en la que se reclama por el colaborador una indemnización al empresario principal de casi 14.000.000 de euros— está trufada de acusaciones que podrían ser constitutivas de competencia desleal por el principal, sin ejercitarse expresamente.

De todo ello, el Juez de Instancia concluye que los comportamientos relacionados en los hechos de la demanda tienen la naturaleza de competencia desleal. En particular, incardinables en el art. 5 —actual art. 4— y arts. 13, 14 y 16 LCD. *«En conclusión, teniendo en cuenta que la competencia de los juzgados de lo mercantil no orbita simplemente cuando se ejercita de modo exclusivo una acción que en puridad no traspasa las cuestiones del artículo 86 ter, apartado 2.º, de la LOPJ, sino que por conexidad o por ser una cuestión prejudicial civil se debe tratar unida a otra con la que guarda nexo, es por ello que la acción de daños y perjuicios, al resolverse anticipadamente el contrato [...] con pacto de exclusividad, no es algo aislado que deba decidirse por un Juzgado de Primera Instancia, sino que forma parte de un conglomerado de actos o comportamientos que tienen un mismo fin, según resulta de lo invocado en la fundamentación fáctica del escrito de la demanda, y sirven como causa petendi de la pretensión [...]».*

Pero otras veces puede ocurrir justamente lo contrario. Es el caso incoado ante un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona que dictó auto resolviendo declinatoria. En este caso, entre partes pertenecientes a estados distintos y con el fin de evitar el sometimiento a arbitraje foráneo y la aplicación de la ley extranjera por la que se rige el

contrato mediante sometimiento expreso de las partes, la actora alega que la cuestión no es principalmente la ilícita extinción contractual y sí, en cambio, la deslealtad de la conducta del principal. De este modo, se presenta la demanda ante el Juez Mercantil vistiéndola de conductas que son objeto de competencia desleal y argumentando expresamente la aplicación de la LCD, con la intención de evitar la aplicación de la cláusula arbitral del contrato de distribución que, con claridad, somete la controversia a un Tribunal Arbitral en el extranjero. En este caso, el Juez declinó su competencia admitiendo la declinatoria, y aceptó la cláusula arbitral como válida, remitiendo así la solución de la controversia a una instancia arbitral ajena al territorio español, ya que el contrato sometía la solución de controversias a un Tribunal Arbitral extranjero⁽²⁾.

Dicho auto fue apelado y, finalmente, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 124/2013, Sección 15, de fecha 21 de octubre de 2013, ha resuelto el recurso de apelación de la declinatoria revocando el auto del Juez Mercantil, al considerar que no existía un verdadero sometimiento a arbitraje, al no ser expresa la cláusula arbitral. Sin embargo, para los efectos que aquí nos conciernen, bendice la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil, al decir: *«La parte demandada no solamente alegó el sometimiento de la controversia a arbitraje, sino también, con carácter subsidiario, para el caso de que aquella defensa no prosperara, la falta de competencia objetiva del Juzgado Mercantil. Según (sic) [la demandada], el asunto correspondería a los juzgados de primera instancia. El acogimiento de la declinatoria determinó que el Juez Mercantil no examinara esta segunda cuestión [...]. De la lectura de la demanda se desprende con claridad que se ejercita una acción de la LCD. Así se identifica en los fundamentos de derecho, dentro del apartado acción ejercitada, donde se dice textualmente [...]. Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho, al que la demandada concede relevancia, de que en la demanda no se pida el cese del comportamiento desleal [...]. Tampoco desnaturaliza la acción de competencia desleal ejercitada el dato de que la cuantificación de la indemnización se establezca teniendo en cuenta los parámetros de la Ley de Agencia, en la medida que se pretende valorar la clientela de la actora que ha sido afectada por el comportamiento que juzga desleal. Ejercitada, por tanto, con carácter principal, una acción relativa a competencia desleal, su conocimiento corresponde*

a los juzgados de lo mercantil, conforme al artículo 86 ter, 2, A) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, se estima el recurso de apelación [...]».

Esta reciente resolución de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona abunda en el criterio que defendemos en este trabajo y que exponemos seguidamente, en el que la acción calificada como principal es la que debe prevalecer para establecer la acumulación en caso de que concurren en un mismo procedimiento acciones propias de los juzgados de lo mercantil con aquellas que lo son de primera instancia. No siendo relevante para dicha acumulación, en cambio, el criterio de subordinación, defendido por parte de la doctrina, sino el de vinculación y conexidad entre las mismas.

En sentencias de las audiencias provinciales, la coexistencia de ejercicio de acciones de competencia desleal con acciones puramente contractuales se ha resuelto frecuentemente a favor de estas últimas. Es sabido que la presunción de lealtad no es fácil de desvirtuar, en numerosas ocasiones, especialmente cuando la relación entre las partes se fundamenta en un contrato de distribución o de colaboración empresarial. Así, podemos observar que las conductas presentadas en varias sentencias al abrigo de la LCD, en cambio, son consideradas legítimas por la Sala, formulando incluso cierta crítica respecto de la adecuada formulación de la demanda, indicando que debió fundarse en ejercicio de las acciones contractuales derivadas del contrato de distribución⁽³⁾.

III. COMPETENCIA OBJETIVA Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La norma general es que, para que pueda aceptarse la acumulación, es preciso que el Tribunal que conozca de la acción principal posea jurisdicción y competencia objetiva para conocer de las acciones acumuladas, y así lo exige el art. 73.1.1.º LEC. Sin embargo, como es sabido, el problema se produce en la medida en que la acción de incumplimiento contractual es competencia del Juez de Primera Instancia; en cambio, las acciones derivadas de la competencia desleal deben ejercitarse ante los jueces de lo mercantil, conforme a la redacción del art. 86 ter, 2 LOPJ.

En los supuestos en que se ejercitan acciones de responsabilidad contra los ad-



ministradores sociales, que responderán solidariamente, como el caso de la acción de responsabilidad por no promover la disolución en los supuestos en que se produce la disminución del patrimonio social en el caso de los arts. 363 y 367 LSC, es requisito previo y necesario que exista una deuda social que ha resultado impagada o bien se ha incumplido el contrato correspondiente. En estos casos, la vinculación entre ambas pretensiones y, por tanto, entre las acciones correspondientes es evidente, lo que ha motivado muchas resoluciones favorables a la acumulación, sin dividir la continencia de la causa, al considerar el Juez de lo Mercantil que debe examinar la existencia o no de la deuda social como presupuesto ineludible de la responsabilidad del administrador. En efecto, no puede existir responsabilidad solidaria del administrador si previamente no existe deuda y se declara y determina en la sentencia —con carácter prejudicial, entendemos—, pues no por ser previa y necesaria resulta que sea la acción principal, sino que por principal entre ambas deberemos entender la más específica y particular. En la Sentencia de 10 de septiembre de 2012, el Tribunal Supremo considera que la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil tiene su razón de ser en la existencia de una acción principal, más específica, como es la de la responsabilidad de los administradores. En cambio, la acción por incumplimiento social opera con carácter prejudicial con respecto de la primera, y la competencia corresponderá al Tribunal competente para conocer de la cuestión principal.

En cambio, en materia de contratos de distribución y de colaboración empresarial, señala parte de la doctrina, en particular, destaca GONZÁLEZ NAVARRO⁽⁴⁾, que en el caso del contrato de distribución, agencia o franquicia, el Juez puede entrar a conocer sobre si el comportamiento del agente, distribuidor o franquiciado es constitutivo o no de un acto de competencia desleal, sin necesidad de saber si ha existido anteriormente un incumplimiento en su relación contractual con el principal. Entiende este autor que la interconexión de ambas pretensiones no existe, ni siquiera en los casos en que conductas constitutivas de competencia desleal sean, a la vez, claros incumplimientos contractuales, como sería, por ejemplo, la infracción de un pacto de no competencia o una infracción de secretos que reúna las características propias del art. 13 LCD⁽⁵⁾.

Existen tres posturas en la doctrina y en la jurisprudencia menor en torno a la acumulación desde la reforma de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y la consiguiente modificación de la LOPJ 6/1985 por la Ley Orgánica 19/2003.

- La postura que defiende que las acciones no son acumulables en las provincias donde exista un Juzgado de lo Mercantil.
- La postura que entiende que las acciones sí son acumulables, que, a su vez, se divide en dos, con resultado bien distinto: la que considera que la acumulación debe producirse en los juzgados de lo mercantil y, en cambio, la que entiende que son competentes para ello los juzgados de primera instancia.

La primera postura, que considera que deben ejercitarse acciones separadas en tribunales distintos, afirma que debe existir, en tal caso, suspensión por prejudicialidad civil conforme al art. 43 LEC, quedando en suspenso una de ellas, que será la acción que corresponda al Juzgado de lo Mercantil. A favor de esta tesis, aunque criticando que sea esta y no otra la solución legal vigente, se pronuncian algunos autores⁽⁶⁾, destacando los argumentos críticos de PICÓ JUNOY, como la homogeneidad competencial, que no se daría cuando las acciones acumuladas deban conocerse por un Tribunal que no sea competente por razón de la materia. De modo que, según el Dr. Picó, no sería de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo que persigue flexibilizar dicha acumulación —SSTS de 30 de mayo de 1998 y de 28 de junio de 1994, que son citadas por la Audiencia Provincial de Madrid en auto de 30 de marzo de 2006—, siendo la sanción procesal por falta de competencia objetiva la nulidad de pleno derecho —art. 238.1.º LOPJ.

A favor de la acumulación —y, en concreto, para el conocimiento por los juzgados de lo mercantil— se han pronunciado destacadamente autores como GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ⁽⁷⁾, que, tras analizar la cuestión, se decanta por la necesidad de una reforma legislativa; sin embargo, acepta *de lege data* la posición favorable a la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil con la tesis de las materias conexas. Otros autores se decantan también por la tesis de la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil⁽⁸⁾, como BANACLOCHE PALAO, que considera que debe

aplicarse el art. 73.1 LEC, y ello en la medida en que el art. 86 ter, 2 LOPJ no incorpora ninguna norma dirigida a regular los procesos conexos. Considerando que solo podrá admitirse la acumulación si: 1) no existe incompatibilidad material entre las acciones acumuladas; 2) el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia objetiva para conocer de todas ellas, y 3) ninguna de ellas debe tramitarse por un procedimiento distinto al que se va a emplear.⁽⁹⁾

En la jurisprudencia menor son muchas las resoluciones de las audiencias provinciales que han acogido la tesis de la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil

En la jurisprudencia menor son muchas las resoluciones de las audiencias provinciales que han acogido la tesis de la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil. Destacamos, por su claridad argumental y su contundencia, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2005, FJ 3.º. En la demanda, la actora acumulaba la acción de reclamación de cantidad contra una mercantil junto con la de responsabilidad solidaria del administrador único de la misma mercantil demandada. La Sala revoca el auto del Juez de lo Mercantil conforme a los siguientes argumentos:

- Las acciones están íntimamente relacionadas entre sí, de modo que difícilmente pueden escindir. Si se incoaran procedimientos distintos, podrían existir sentencias contradictorias.
- El corto plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores conforme al art. 949 CCom., que es de cuatro años, aconseja la acumulación, ya que, de otro modo, podría ser ilusoria la exigencia de responsabilidad.
- La ausencia de acumulación afectaría a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso sin dilaciones, que ampara el art. 24 CE.
- Y, muy especialmente, conviene valorar que la Sala interpreta el art. 73 LEC y el art. 86 ter LOPJ en el sentido de que no son en ningún caso obstáculos insalvables para la acumulación pretendida,



siempre que la materia se acumule a favor de los juzgados de lo mercantil, ya que los juzgados de primera instancia carecen de competencias para conocer de demandas contra administradores de sociedades mercantiles fundadas en su normativa reguladora. En particular, afirma el auto, si bien la competencia en materia concursal se califica por el art. 86 ter, apdo. 1.º, como exclusiva y excluyente, en cambio, las relacionadas en el número 2.º del mismo, cuando dice que los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, deben interpretarse con mayor flexibilidad.

Así, el art. 86 ter, 2 LOPJ atribuye competencia a los juzgados de lo mercantil sobre materias que sean competencia del orden jurisdiccional civil, y dicha competencia puede y debe interpretarse, en mi opinión, de forma no estricta, precisamente porque la acepción de *competencia exclusiva y excluyente* se reserva literalmente para la materia concursal, luego cabe entender que el legislador ha querido una interpretación más flexible. Por lo tanto, no hay ninguna norma que impida o prohíba expresamente a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de las acciones conexas o íntimamente relacionadas, sin necesidad de que estén subordinadas o dependan una de otra, siempre que se interprete con la debida cautela. Y a esta misma interpretación

debe llegarse también por lo argumentado en los párrafos precedentes⁽¹⁰⁾.

Entre los argumentos examinados en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2005, el correspondiente a la prescripción, siendo importante en sede societaria, lo es más todavía en el ámbito de la competencia desleal cuando se combina con acciones de índole contractual, por el brevísimo plazo de un año que, con carácter general, establece el art. 32 LCD. En efecto, sucede con cierta frecuencia que la interposición de la demanda en el Juzgado de Primera Instancia, por considerarse una cuestión contractual que aparece en maridaje con posibles actos calificados como desleales, de prosperar la declinatoria y considerando la situación de atasco de muchos juzgados de instancia en las poblaciones, finalmente es fácil que termine presentándose la demanda por competencia desleal vencido ya el plazo de prescripción anual. Ni que decir tiene la inseguridad jurídica que eso supone para el tráfico económico.

En íntima relación con lo anterior, también es loable el argumento de la preeminencia de la seguridad jurídica y de la economía procesal, que impediría acudir a dos procesos ante órganos distintos, y ello en una interpretación integradora y conciliadora del art. 73.1 LEC, ya que la finalidad de la ley no es entorpecer la tutela judicial efectiva y menoscabar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado por la

Constitución, que como norma suprema debe regir nuestra interpretación.

En este mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2006 abunda en tales argumentos y añade otro también de peso: el art. 73.1 no puede interpretarse en sentido literal, toda vez que fue redactado con antelación a la creación y al deslinde competencial de los juzgados de lo mercantil, y, por tanto, no pudo prever el legislador en su redacción la problemática que aquí analizamos. Sin embargo, el auto, referido nuevamente a un supuesto de acción de responsabilidad frente a los administradores y a la antecedente deuda en una sociedad mercantil, afirma que el Juzgado de Primera Instancia no puede conocer de la acción de responsabilidad contra el administrador, pero no puede decirse que el Juez Mercantil no pueda hacerlo de la acción ejercitada contra la sociedad, pues la existencia y la legitimidad de la deuda social deben ser objeto de enjuiciamiento, no solo como cuestión incidental. Y concluye, en este caso, que existe relación no ya de «una conexidad que pueda justificar la acumulación, cuanto de admitir su dependencia en régimen de subordinación».

La dependencia o subordinación entre las acciones ejercitadas no es requisito *sine qua non* para admitir la acumulación, siendo suficiente con que exista conexidad suficiente o vinculación entre ambas acciones

Por tanto, esta sentencia parece confirmar nuestra opinión acerca de que la dependencia o subordinación entre las acciones ejercitadas no es un requisito *sine qua non* para admitir la acumulación, siendo suficiente con que exista conexidad suficiente o vinculación entre ambas acciones, frente a la posición más restrictiva que sí parece exigir expresamente el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2005, antes analizado.

No sería, en cambio, a nuestro juicio, argumento suficiente la supuesta *vis atractiva* de los juzgados de lo mercantil, que no es obvia, desde mi punto de vista, sino más bien al contrario, pues podría también alegarse lo mismo a favor de los de primera instancia, sin que esto sea tampoco un



argumento que permita la acumulación a favor de estos últimos⁽¹¹⁾.

El auto del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona de 18 de mayo de 2010, en una demanda por nulidad de un contrato bancario por vicios del consentimiento incardinados en el Código Civil, en que la actora hace referencia a condiciones generales de la contratación, nulidad de cláusulas abusivas y una posible publicidad engañosa, declara la competencia del Juez Mercantil, al entender que tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como el Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la Ley General de Publicidad, se encuentran dentro de la competencia de los juzgados de lo mercantil. Resulta, en este caso, también de aplicación suficiente, a nuestro juicio, el criterio de la vinculación o conexión de las acciones ejercitadas, que permitiría la acumulación, sin necesidad que exista subordinación o previa determinación de una acción como principal y la otra como subsidiaria.

El auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de marzo de 2010, tras un minucioso análisis de ambas posiciones principales, la que se inclina por la acumulación que aquí defendemos y la que la niega, abona finalmente la tesis de la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil, citando otras resoluciones del mismo Tribunal e igualmente del Tribunal Supremo⁽¹²⁾.

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 18 de noviembre de 2011 desestima la declinatoria y declara competente al Juzgado de Primera Instancia estimando el recurso, toda vez que la materia argumentada en la declinatoria como de competencia desleal lo era, en realidad, de índole contractual, ya que se trataba del incumplimiento de una cláusula de no competencia⁽¹³⁾.

Mención aparte merece la STS de 10 de septiembre de 2012, pues sienta las bases de la doctrina que —esperamos— acabará imponiéndose. La demandante ejercita una acción de cumplimiento de contrato frente a las demandadas en reclamación de cantidad y, simultáneamente, una acción de responsabilidad contra el administrador del art. 68 LSRL, en relación con los antiguos arts. 133 y 135 LSA, e igualmente por incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad derivado de los antiguos arts. 104 y 105 LSRL.

La Sala desestima el recurso extraordinario de infracción procesal porque la demanda se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia, que sí tenía competencia objetiva, ya que en ese momento no habían entrado aún en funcionamiento los juzgados de lo mercantil. Ampliándose luego la demanda ejercitando la acción de responsabilidad contra el administrador, esta era acumulable también en el mismo procedimiento seguido y ya iniciado ante el Juez de Primera Instancia por el principio *perpetuatio iurisdictionis*, que alcanzaría, según el art. 411 LEC, a las modificaciones del objeto del proceso una vez iniciado este.

Sin embargo, aunque desestima el recurso por esa razón, recoge la doctrina de la acumulación a favor de los juzgados de lo mercantil, contraria a la de la Audiencia Provincial de Las Palmas que es objeto del recurso. Podemos glosarla en lo siguiente:

- La Sala considera que la acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas de la misma entidad mercantil pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso ante los juzgados de lo mercantil. Existe una estrecha conexión entre ambas acciones, pues entre ambas hay una relación de prejudicialidad: no puede prosperar la acción contra los administradores si no se declara la deuda de la sociedad. La finalidad perseguida por la actora es única, y es precisamente el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad.
- Si no se admite la posibilidad de acumulación, la exigencia de responsabilidad a los administradores por incumplimiento de deudas sociales comporta la exigencia de interponer una doble demanda ante los juzgados de primera instancia y otra ante los juzgados de lo mercantil. Y considera la Sala que esta carga es desproporcionada y que sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.
- Por tanto, la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permite, en este supuesto, admitir la procedencia de la acumulación de las acciones que estamos considerando, «habida cuenta de que la prohibición de la acumulación de acciones ante un Tribunal que carezca

de competencia para conocer de alguna de ellas admite diversas excepciones, entre las cuales figura que así lo disponga la ley para casos determinados (art. 73.2 LEC)». Y en el presente caso, al ser acciones estrechamente vinculadas y por aplicación real del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por la Constitución, debe prosperar la acumulación.

La resolución del Alto Tribunal merece, sin duda, una opinión favorable, y constituye un avance sustancial en la materia que aquí estudiamos. Sin embargo, también debemos decir que limita la decisión al supuesto enjuiciado, en el que habría una acción de carácter prejudicial para que pueda acumularse la otra acción, exigiendo entre ellas conexión suficiente en relación de subordinación.

Las recientes SSTs de 23 de mayo y 3 de septiembre de 2013, ambas relativas a la concurrencia de acciones de responsabilidad de administradores con reclamación de la deuda social, confirman la tesis de la Sentencia de 10 de septiembre de 2012, a la que se remiten en buena parte.

Tras estas últimas sentencias del Tribunal Supremo, veamos brevemente la aplicación de esta doctrina por las audiencias provinciales de Madrid y Barcelona.

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2013, ya comentado y parcialmente transcrito anteriormente, es de una claridad absoluta a favor de la acumulación respecto del Juzgado que deba conocer de la cuestión principal, sin exigir relación de subordinación necesaria entre las acciones, considerando como principal la acción de competencia desleal frente a la acción contractual relativa al contrato de agencia.

En el mismo sentido, aunque para el caso de la acción de responsabilidad de administradores y las deudas contra la sociedad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13) de 20 de junio de 2013, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1) de 26 de julio de 2013, menos rotunda, considera que debe analizarse separadamente cada caso concreto, y puntualiza que no procede una extensión de la competencia de los juzgados de lo mercantil en su FJ 5.º: «[...] que, en aras de evitar la sustanciación de dos procesos, permita a estos juzgados

conocer de materias que se encuentran claramente fuera de su competencia, dándose la paradoja de que, finalmente, el Juzgado especializado conoce de un asunto complejo en el que tan solo una mínima materia es de su competencia». Sin embargo, la Sentencia termina aceptando la acumulación en aras de razones de economía procesal.

Abona este criterio también la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 15 de julio de 2013, Sección 28, pues con buen criterio considera que la cuestión tratada tiene carácter contractual a consecuencia de un pacto de no competencia, lo que no comporta que exista necesariamente conducta sancionable por la LCD, sino que en el caso juzgado la conducta se incardina en un incumplimiento contractual. Por tanto, no es aplicable la doctrina de la acumulación por no existir competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil, al no ejercitarse ninguna acción que sea de su competencia, conforme al art. 73.1.1.ª LEC. Motivo por el cual no procede tampoco aplicar a este caso la doctrina derivada de la STS de 10 de septiembre de 2012. En definitiva, si solamente se ejercitan acciones contractuales, no puede plantearse una jurisdicción distinta que la de los juzgados de primera instancia.

La postura que considera acumulables las acciones a favor de los juzgados de primera instancia es minoritaria

Así pues, consideramos que, en futuras sentencias, en tanto no se solucione la laguna legislativa, debe seguirse el criterio expuesto, que debemos considerar pacífico, al ser doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Entendido, en mi opinión, como aplicable a aquellas acciones entre las que exista una relación de vinculación suficiente, aunque no exista subordinación entre ellas, si podemos identificar como acción principal la que corresponda al Juzgado de lo Mercantil. Como es el caso, habitualmente, de las acciones derivadas de la eficacia o resolución de contratos de distribución o colaboración empresarial, de naturaleza netamente mercantil, aunque sometidas todavía a los juzgados de primera instancia, con conductas que puedan ser constitutivas del ejercicio de acciones por competencia desleal o por defensa de la competencia, entre otras.

Finalmente, la postura que considera acumulables las acciones a favor de los juzgados de primera instancia, que es minoritaria, defiende que la acumulación debe producirse a favor del Tribunal del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás, aplicando así la previsión del art. 53 LEC. Sin embargo, el criterio de la subordinación no nos parece admisible, pues no es presupuesto o antecedente necesario, en la línea de la argumentación antes expuesta. Igualmente, se alega una competencia residual para los juzgados de primera instancia conforme a los arts. 45 LEC y 85.1 LOPJ, si bien hay que decir que del mismo modo también podría alegarse la supuesta *vis atractiva* de los juzgados mercantiles, que tampoco nos parece un argumento suficiente a favor de ninguno de los dos casos. También en el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de enero de 2006 se afirma que el conocimiento de la acción de reclamación de cantidad por razón de incumplimiento de un contrato de compraventa corresponde al Juzgado de Primera Instancia, pero también le corresponderá el conocimiento de la conexas acción acumulada de responsabilidad del administrador, por no tener el Juzgado de lo Mercantil competencia exclusiva y excluyente al respecto⁽¹⁴⁾. No es tampoco un argumento admisible —reiteramos—, ya que el art. 86 ter, 2 LOPJ no excluye ni prohíbe expresamente la competencia de otras materias del orden civil, que habría sido lo que el legislador lógicamente hubiera impuesto de quererlo así, aunque señale el carácter exclusivo y excluyente solamente en materia concursal.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Es evidente la inseguridad jurídica que actualmente se produce en el ejercicio de acciones e inicio de procedimientos en Derecho Mercantil. La naturaleza civil o mercantil de las acciones no puede calificarse por el Juzgado de Instancia o Mercantil que deba conocer de las mismas. La tradicional distinción académica y científica, en nuestro Derecho Privado, entre Derecho Civil y Mercantil, que no acontece en otros ordenamientos próximos, debería servir para atribuir a unos y otros aquello que realmente les es natural y propio, pero, en cambio, en la práctica la distinción todavía perjudica más al propósito. Lo cierto es que las materias propias del Derecho Mercantil deberían

ser conocidas por jueces especializados, y cuando se ejercitan acciones diversas que son todas ellas propias del Derecho Mercantil, no debería existir discusión para que los juzgados especializados en la materia conozcan en exclusiva del procedimiento en que se ejercitan todas esas acciones. De este modo se evitarían procedimientos y, sobre todo, desaparecería la inseguridad jurídica que ahora persiste y con la que debe terminarse.

Por otro lado, también debemos detenernos un instante para reflexionar si las controversias propias del comercio y de la empresa tienen su cauce natural en la jurisdicción ordinaria, incluso aunque sea especializada, siendo quizá idóneo que el legislador potencie con verdadera determinación el arbitraje como sistema natural de solución de las controversias mercantiles.

Existe un clamor en la doctrina por una solución legislativa⁽¹⁵⁾ para solventar la cuestión. Y, por supuesto, esa es la opción idónea y nos sumamos a ese frente, en general, cuando concurren acciones fundamentadas en materia de competencia propia de los juzgados de lo mercantil con la que lo sea propia de los de primera instancia.

La solución legislativa, sin embargo, podría ser diversa y escalonada. Por un lado, puede limitarse la decisión legislativa a atribuir las materias conexas o vinculadas a las ya objeto de competencia a los juzgados mercantiles, como ya se planteó en el Senado en la tramitación legislativa de la reforma que incluyó el art. 86 ter LOPJ, y finalmente el legislador desestimó esta opción. Y ello fue así, entendemos, porque el legislador consideró que la flexible interpretación del texto vigente ya permite optar por la solución que proponemos en este trabajo.

Sin embargo, debería ampliarse el elenco de materias y atribuir expresamente a los juzgados mercantiles el conocimiento de las acciones sobre contratos mercantiles. En realidad, si los contratos con condiciones generales de la contratación, entre otros, ya son materia de competencia de los juzgados de lo mercantil, con más razón deberían serlo todos los contratos mercantiles. Al menos desde el punto de vista de aplicación del Derecho sustantivo, no vemos ningún argumento que justifique continuar con la distribución actual de competencias, que sitúa en los jueces de primera instancia el conocimiento de las demandas en las que existan acciones negociales en



contratación mercantil. Aunque es cierto que, de adoptarse tal solución literalmente, preveo que los problemas de competencia se dispararían y, con ello, la dilación procesal y la sobrecarga de los tribunales, toda vez que la calificación de un contrato como mercantil o civil ya implicaría para el Juez un análisis del fondo, y nuestro Código de Comercio y la normativa que lo desarrolla presentan problemas de interpretación en ciertos contratos mercantiles para establecer su mercantilidad, lo que significaría, así pues, solventar un problema para crear otro, incrementando incluso la inseguridad jurídica.

La cuestión se simplificaría enormemente utilizando un criterio subjetivista, como sería atribuir la competencia a los juzgados de lo mercantil de todos los contratos celebrados entre empresarios, es decir, sin necesidad de discutir sobre su naturaleza civil o mercantil por razón del objeto, de la materia o del acto de comercio

Es por ello que la cuestión se simplificaría enormemente utilizando un criterio subjetivista, como sería atribuir la competencia a los juzgados de lo mercantil de todos los contratos celebrados entre empresarios, es decir, sin necesidad de discutir sobre su naturaleza civil o mercantil por razón del objeto, de la materia o del acto de comercio.

En segundo lugar, como segunda propuesta y con ánimo de auxiliar con cierto volumen de casos a la Administración de Justicia, creemos que el arbitraje se configura como el medio idóneo de solución de controversias en la mayoría de contratos mercantiles, y muy particularmente en el caso del contrato de distribución y cualquier otro de colaboración empresarial, como el de agencia, franquicia o *joint venture*, entre otros⁽¹⁶⁾. Sin embargo, para que el arbitraje sea factible y no quede en un mero deseo de la parte actora, será conveniente y, en la práctica, imprescindible que el convenio arbitral se haya previsto adecuadamente en el contrato. Y ello de modo que la cláusula de sometimiento a arbitraje esté redactada adecuadamente, sin necesidad de que sea omnicompreensiva.

De ejercitarse acciones derivadas de actos desleales, la cláusula arbitral podrá ser también de aplicación, pues la relación entre las partes tiene su origen en un contrato de colaboración, siempre que incluya cláusula arbitral. En efecto, si bien es cierto que no deben confundirse las acciones contractuales con las derivadas de competencia desleal, también lo es que los hechos alegados como desleales tienen su origen en la relación contractual que existe o existió entre las partes, aunque se haya extinguido el contrato por resolución o se pudiera declarar ineficaz por cualquier causa. La relación económica y jurídica entre las partes tiene su fuente en el contrato, y las partes quisieron que sus relaciones jurídicas derivadas directa o indirectamente del contrato se sometieran a arbitraje. Entendemos que esa es la interpretación correcta de la cláusula arbitral en estos casos, en un sentido proarbitraje. Sin embargo, lo cierto es que frecuentemente se plantea justamente lo contrario, intentando dividir la continencia de la causa e incluso incoando dos procedimientos, uno para discutir el contrato por vía arbitral y otro, ante el Juzgado de lo Mercantil. Nuevamente, por tanto, observamos la necesidad de superar por vía legislativa esta dualidad y favorecer el arbitraje, en estos casos, mediante la acumulación de acciones vinculadas o relacionadas, ya que la cláusula arbitral en los contratos mercantiles, por sí sola, no solventa la mayor parte de las situaciones en que se produce un ejercicio de acciones diversas que pueden corresponder a juzgados o jurisdicciones distintas.

Del análisis de la jurisprudencia menor se desprende que la situación más frecuente en que se debate la acumulación de acciones es aquella en la que no existe un previo contrato entre las partes, o bien su grado de elaboración jurídica es deficiente o, a lo sumo, ha existido una perfección contractual por la vía de un pedido que se ha confirmado en una comunicación electrónica. Frecuentemente, son contratos que no contienen el pacto arbitral. Y estamos pensando, por ejemplo, en las acciones de reclamación por deudas, normalmente ejercitadas por empresas que contratan con sociedades de capital y que se acumulan a acciones contra los administradores sociales. Es cierto que se trata de contratos habitualmente de compraventa mercantil o suministro, es decir, contratos mercantiles que son los que fundamentan el origen de la reclamación que ha resultado impagada. Y, efectivamente, son obligaciones que tienen su causa en contratos frecuentemente no escritos y, por tanto, no existe normalmente cláusula arbitral que permita la sumisión a arbitraje. Del mismo modo, las típicas cláusulas estatutarias propias del arbitraje societario no bastan para someter a arbitraje las controversias con terceros, de modo que tanto la acción negocial para reclamar las deudas pendientes de pago como la acción de responsabilidad contra los administradores sociales, ya sea la acción individual de responsabilidad como la acción por no promover la disolución, quedarán fuera del arbitraje.



A la vez, resulta cierto que el arbitraje, que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, no puede ser impuesto por el Estado a través de una norma imperativa. Sin embargo, dando un paso más, nada obstaría a que, con carácter dispositivo, en la medida que ello favorece la seguridad jurídica y permitiría la indudable acumulación de acciones en el procedimiento arbitral, pueda el legislador establecer que las controversias entre empresarios, ya sean de naturaleza contractual o de cualquier otra, como por ejemplo de competencia desleal, se resolverán mediante arbitraje en todos los casos en los que el contrato o la ley no establezcan expresamente lo contrario.

Entendemos que la propuesta *de lege ferenda* que aquí presentamos no ataca la naturaleza convencional del arbitraje, pues las partes, al iniciar su relación jurídica, tendrían plena libertad para excluir tal arbitraje de las controversias que surjan entre ellas. Se trataría de un régimen de solución de controversias de aplicación supletoria en defecto de otro pacto, que podría limitarse a los supuestos de acumulación de varias acciones negociales con otras que no lo sean, y que debería establecerse como sistema supletorio o general de solución de las controversias en Derecho Mercantil —o lo que resulta menos controvertido, de las controversias entre empresarios con independencia de la naturaleza del contrato o institución que es origen de la misma.

Desde luego, la reforma exigiría modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil y también la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la Ley de Arbitraje. Pensamos que los resultados se percibirían rápidamente: 1) disminución radical de la judicialización de las controversias empresariales y su sustitución por el arbitraje, con una reducción de costes para el Estado; 2) procesos arbitrales más cortos y económicos que los judiciales, en los que las instituciones arbitrales deberían prestar un servicio y un precio adaptado a la cuantía de los asuntos e intereses en disputa; 3) la Justicia mercantil privada no sustituiría a la mercantil pública, pero permitiría a los empresarios optar entre ambos escenarios, cuando actualmente ni se plantea la cuestión por la dinámica, a menudo precipitada, de las relaciones comerciales entre las empresas; 4) dotaríamos de seguridad jurídica y de tutela efectiva al comercio, evitando la división de continencia de la causa y la proliferación actual de procedimientos que tan dolorosos resultados han producido; 5) los viejos mie-

dos que antaño recomendaron —en el siglo XIX— la eliminación de los tribunales especializados del comercio carecen hoy de sentido, pues contamos con un sistema arbitral sólido, maduro y prestigiado, y con una Ley de Arbitraje que lo ha venido perfilando con éxito en los últimos años.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO MARTÍNEZ, I.; FRANCO ARIAS, J., «La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de administradores. Examen de la denominada *jurisprudencia menor* sobre la posible acumulación de acciones de reclamación de cantidad frente a la sociedad y de responsabilidad de los administradores sociales», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 259, Ene.-Mar. 2006, págs. 171-192.

BANACLOCHE PALAO, J., *Los juzgados de lo mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Juzgados de lo mercantil», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2005, págs. 2149-2152.

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE, *Informe sobre el arbitraje societario en España*, 26 febrero 2013.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial: *Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, págs. 47-64.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

GONZÁLEZ NAVARRO, B., «Agente, distribuidor o franquiciado y competencia desleal», en FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (dir.), *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MARQUÉS JARQUE, I., «Los contratos de distribución y la competencia desleal», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F., «Primeras notas sobre la competencia de los nuevos

juzgados de lo mercantil», en *Revista Xurídica Galega*, n.º 43, 2004, págs. 40-73.

NADAL ARCE, S., «Los contratos de distribución y las restricciones a la libre competencia», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial: Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

OLARRA ZORROZÚA, J. C., «Acumulación objetiva de acciones y juzgados de lo mercantil: ¿una laguna legal?», en *Diario La Ley*, 21 enero 2005.

PICÓ JUNOY, J., «El problema de la acumulación de acciones ante los juzgados de lo mercantil. La legalidad *versus* la lógica: un problema que debe resolverse», en *Diario La Ley*, 7 junio 2006.

SANCHO GARGALLO, I., «Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia», en *InDret*, n.º 1/2009, s. p.

SANTOS REQUENA, A., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *InDret*, n.º 2/2007, s. p.

- (1) La STS de 10 de septiembre de 2012 establece con claridad la preeminencia de la cuestión principal, siendo la responsabilidad de los administradores la acción que, en el caso examinado, se ejercita ante los juzgados de lo mercantil. Más adelante desarrollaremos en este trabajo el comentario sobre esta importante resolución y otras que la han seguido tanto del Tribunal Supremo como de las audiencias provinciales.
- (2) Lo que no resuelve el auto es si cabría también la aplicación de la cláusula arbitral para resolver las acciones por competencia desleal, en la medida en que el origen de la relación es el contrato de distribución y, por tanto, el arbitraje debía regir cualquier controversia que tenga su origen en esa relación jurídica.
- (3) Podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2010 (caso CODHE vs PRIMA), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 2005 (caso MEDIR FERRER y CIA. vs SIBERHEGNER IBÉRICA) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de marzo de 2003 (caso COMATEL, SLU vs FUNWORLD, SA).
- (4) B. GONZÁLEZ NAVARRO, «Agente, distribuidor o franquiciado y competencia desleal», en J. M.^a FERNÁNDEZ SEIJO (dir.), *Contrato de agencia, distribución y*



- franquicia, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 369-374.
- (5) GONZÁLEZ NAVARRO considera que, a lo sumo, en estos casos, podría existir vinculación entre las acciones por el dato fáctico, a modo de prejudicialidad, y concluye que no cabe el ejercicio de las acciones ante un Juez incompetente por razón de la materia, negando la competencia objetiva a los jueces de lo mercantil para conocer de la demanda sobre el incumplimiento negocial, que deberá interponerse ante el Juez de Primera Instancia, sin perjuicio de que se presente la demanda de competencia desleal ante el Juez de lo Mercantil una vez resuelta la primera o bien simultáneamente.
- (6) En particular, J. PICÓ JUNOY, «El problema de la acumulación de acciones ante los juzgados de lo mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse», en *Diario La Ley*, 7 junio 2006, se decanta por la imposibilidad o prohibición legal de acumulación por faltar el presupuesto básico de la homogeneidad competencial del art. 53.1.º LEC. Del mismo modo, otros autores en la doctrina, como GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE. También en contra de la tesis de la acumulación, GONZÁLEZ NAVARRO B., en materia de contratos de distribución y competencia desleal; no, en cambio, en materia de deudas sociales y responsabilidad de los administradores (*op. cit.*). También A. SANTOS REQUENA, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *InDret*, n.º 2/2007, págs. 13-14, parece decantarse por la imposibilidad de acumulación, aunque no se pronuncia abiertamente.
- (7) M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, «La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial: *Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, págs. 47-64.
- (8) P. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 150; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Juzgados de lo mercantil», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2005, págs. 2149-2152; I. ARROYO MARTÍNEZ y J. FRANCO ARIAS, «La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de administradores. Examen de la denominada *jurisprudencia menor* sobre la posible acumulación de acciones de reclamación de cantidad frente a la sociedad y de responsabilidad de los administradores sociales», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 259, Ene.-Mar. 2006, págs. 171-192; J. C. OLARRA ZORROZÚA, «Acumulación objetiva de acciones y juzgados de lo mercantil: ¿una laguna legal?», en *Diario La Ley*, 21 enero 2005.
- (9) J. BANACLOCHE PALAO, *Los juzgados de lo mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005, págs. 195-200.
- (10) Termina el auto afirmando, en relación con el art. 86 ter, 2 LOPJ: «*Dicha norma implica, pues, la competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de materias que sean competencia del orden jurisdiccional civil, competencia que puede ser interpretada de forma no tan estricta como las de materia concursal, sin infringir por ello el artículo 73 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, al no existir norma específica que impida a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de las acciones conexas o íntimamente relacionadas a las que se señalan en los distintos apartados del número 2 del mencionado artículo 86 ter, aunque dicha extensión deberá ser, sin duda, cautelosa, debiendo atenderse en cada caso a la naturaleza de las acciones acumuladas y a la finalidad pretendida con la acumulación para evitar posibles fraudes procesales o una extensión no querida por el legislador de las competencias de los juzgados de lo mercantil.*».
- (11) El auto citado de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2006 parece indicar tal atracción, que, como decimos, no nos parece por sí sola un argumento suficiente, al decir en su FJ 4.º: «*El órgano jurisdiccional mercantil debe atraer el conocimiento de ambas demandas acumuladas, pues, en todo caso, se pretenda o no la condena de la sociedad, debe resolver sobre la materia que constituye su objeto, teniendo en cuenta, además, que aquellos pertenecen al orden jurisdiccional civil, dentro de cuyo ámbito se desenvuelve la pretensión contra la sociedad.*».
- (12) Los autos de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de abril de 2009 y 19 de febrero de 2010 citan las SSTs de 2 de octubre de 2000 y 30 de noviembre de 2000, alegando igualmente los principios de seguridad jurídica y de economía procesal como argumentos a favor de la acumulación.
- (13) En el auto, que resuelve un recurso relativo a declinatoria en un procedimiento sobre un contrato de franquicia, no se discute la posible acumulación, dado que se rechaza la declinatoria, toda vez que con claridad la materia es contractual. Sin embargo, de su lectura entendemos que nada obsta a que, de haberse entendido que las acciones realmente interpuestas se referían a competencia desleal, se habría admitido la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil.
- (14) A favor de la tesis de la acumulación en favor de los juzgados de primera instancia se decantan también varios autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de noviembre de 2005, 2 de diciembre de 2005 y 14 de junio de 2010.
- (15) Entre otros, PICÓ JUNOY, *op. cit.*
- (16) Cuestión distinta es que las instituciones arbitrales y de mediación deben crear sistemas de solución de conflictos de escasa cuantía o implicación económica que ofrezcan soluciones de un modo ágil y, a la vez, proporcionado a la cuantía de los intereses en juego. Pueden verse las conclusiones del Congreso Internacional de Arbitraje celebrado en Barcelona donde se trató este aspecto: *International Arbitration Congress*, Ed. ICAB, Barcelona, Oct. 2012.

Capacidad para otorgar testamento (estudio en torno a tres sentencias del TSJC)

Comunicación en la sesión de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña del 24 de febrero de 2015

Robert Follia Camps

Notario. Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SENTENCIA 32/2006, DE 4 DE SEPTIEMBRE
- III. SENTENCIA 30/2007, DE 27 DE SEPTIEMBRE
- IV. SENTENCIA 64/2011, DE 17 DE OCTUBRE
- V. RASGOS FUNDAMENTALES DE LAS TRES SENTENCIAS
- VI. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO (JURÍDICA Y DE OBRAR)
- VII. CAPACIDAD Y EDAD. GRADO DE CAPACIDAD
- VIII. APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD ¿A QUIÉN CORRESPONDE?
- IX. PAUTAS BÁSICAS PARA DETERMINAR LA CAPACIDAD PARA TESTAR
- X. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de cuál es la capacidad necesaria para otorgar testamento es uno de los más discutidos desde hace tiempo y causa



de múltiples sentencias, aunque muchas de ellas repiten la misma doctrina y difieren más al aplicarla a las circunstancias del caso concreto. La doctrina de los autores también es abundante y se dedica a estudiar el grado de capacidad concreta y también quién debería comprobarla. Las tres sentencias que comentamos presentan, cada una, un punto especial que hace que sea interesante comentarlo, especialmente por ser del TSJC y, al mismo tiempo, intentar establecer, sin dogmatismos, una doctrina

general que, en mi opinión, marque unos criterios prácticos y orientadores.

II. SENTENCIA 32/2006, DE 4 DE SEPTIEMBRE⁽¹⁾

Ponente: Antoni Bruguera i Manté

a) El hecho

La señora Raquel, de una edad cercana a los 90 años, otorgó testamento abierto, ante Notario, sin la intervención de ningún facul-



tativo ni testimonio. Se alegó falta de capacidad con un informe médico en el que se sostenía «*que padecía una demencia senil tipo Alzheimer, en un estado severo o muy severo, con una afectación de las capacidades volitivas e intelectivas que le impedía conocer el alcance de sus actos*», pero la contestación a la demanda aportó otra prueba pericial médica, que sostenía que «*de la documentación que se había aportado no había base ni siquiera para entender que padecía una demencia y que, en el supuesto afirmativo, no se podía deducir que fuera suficientemente grave como para incapacitarla, a pesar de admitir que sería muy posible que por la edad de la causante (88 años) tuviese un deterioro cognoscitivo*»⁽²⁾.

b) Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia

En primera instancia se desestimó la demanda y se condenó en costas al demandante.

La Audiencia revocó la condena en costas, pero mantuvo la validez del testamento. Sin embargo, es interesante recoger los argumentos, pues el TSJC los hace suyos. En lo relativo a la argumentación, la Audiencia, en primer lugar, alega la discrepancia de los dos informes médicos y la falta de datos objetivos, y hace constar que habría sido interesante que se hubiera contado con testigos de los facultativos o de las enfermeras que la habían atendido, pero que esta prueba no había sido solicitada por la parte demandante, a la cual correspondía probar la falta de «*capacidad natural*». Además, afirma que el Notario explicó cómo llegó al convencimiento de que tenía capacidad y que, antes del otorgamiento del testamento, habló con la testadora.

Pero lo más importante es que, como recoge también la Sentencia del TSJC⁽³⁾, «*la Audiencia también señala que, lejos del maximalismo del escrito de apelación, que parecía sostener que la capacidad existe o no existe en términos absolutos, sin zonas intermedias, no se podía perder de vista que no es lo mismo la capacidad mental necesaria para realizar un negocio jurídico complejo (como, por ejemplo, un testamento repleto de legados, de sustituciones fideicomisarias, nombramiento de albaceas, fideicomisos de residuo, etc.) que limitarse a manifestar que la voluntad del testador es que su patrimonio pase a una determinada persona después de su muerte, y que a la simplicidad en este de la institución de heredero se unía que el caudal relicto parecía no ser otro que la casa donde vivía la difunta en compañía de la impugnante y de la familia de esta. La Sala Provincial*

FICHA TÉCNICA



Resumen: El estudio sobre cuál es la capacidad necesaria para otorgar testamento es uno de los más discutidos y causa de múltiples sentencias, aunque muchas de ellas repiten la misma doctrina y difieren más al aplicarla a las circunstancias del caso concreto. Cada una de las tres sentencias que se comentan en el presente trabajo, aborda un punto especial que hace que sea interesante comentarlo, especialmente por ser del TSJC y, al mismo tiempo, intentar establecer, sin dogmatismos, una doctrina general que, marque unos criterios prácticos y orientadores.

Palabras clave: Testamento, capacidad para testar, doctrina jurisprudencial.

Abstract: The question of what capacity is necessary to make a last will and testament is one of the most discussed and has given rise to many rulings, although many of them reiterate the same doctrine, and differ rather in applying it to the circumstances of the specific case. Each of the three rulings that are commented on in the present article, addresses a special point that makes it interesting to comment on it, especially since they are from the Supreme Court of Catalonia, while at the same time attempting to establish, without being dogmatic, a general doctrine that can set practical and indicative criteria.

Keywords: Last will and testament, capacity for making a last will and testament, jurisprudential doctrine.

aclara que no pretendía afirmar de forma categórica que la causante tuviera intactas y plenamente conservadas las facultades mentales, pues solo la edad, próxima a los 90 años, haría que esto fuera casi sorprendente, y aduce que, aunque aceptado un deterioro de sus facultades intelectivas, en ningún caso se obtenía un convencimiento pleno de la ausencia de capacidad, mientras que la nulidad de un testamento por esta causa requiere no únicamente sospechas o conjeturas, sino una prueba plena y acabada de la ausencia de capacidad [...]».

c) La Sentencia del TSJC

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y, por caso de desestimación, el de casación.

El TSJC estudia, como es lógico, primero el recurso por infracción procesal, en el cual también se alegaba que la identidad de la testadora se había realizado con un pasaporte caducado, una argumentación que rechaza declarando que no se puede convertir el recurso en una tercera instancia, ni hacer un nuevo examen y valoración de todas las pruebas, y recoge plenamente la argumentación de la Audiencia en cuanto a la capacidad de la testadora. Y, respecto a este punto, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal. En cuanto al recurso de casación, también lo desestima con este breve párrafo: «*No obstante, declarada por la Audiencia no demostrada la pretendida falta de capacidad para testar de la señora Raquel, y fracasado el recurso extraordinario por in-*

fracción procesal interpuesto, se hace evidente que este último motivo de casación hace supuesto de la cuestión y debe desestimarse, y, con él, todo el recurso de casación».

Es importante fijarse no en la capacidad general para otorgar testamento, sino en la capacidad requerida para otorgar un testamento en concreto, siguiendo así la pauta del Reglamento Notarial, que refiere la capacidad al «acto o contrato a que la escritura se refiere»

d) Comentario

Estamos completamente de acuerdo con la Sentencia, y queremos destacar:

- En primer lugar, la declaración de la presunción de capacidad y del *favor testamenti*, así como el respeto a la apreciación por el Notario de la capacidad de la testadora.
- En segundo lugar, que fija la atención no en la capacidad general para otorgar testamento, sino en la capacidad requerida para otorgar un testamento en concreto, siguiendo la pauta del Reglamento Notarial, que refiere la capacidad al «*acto o contrato a que la escritura se refiere*»⁽⁴⁾. Y es cierto que no se requiere la misma capacidad para cualquier tipo

de testamento, como muy bien señala la Audiencia, si bien debe recordarse que el testamento más simple o sencillo puede derogar uno mucho más complejo hecho con más capacidad. Por este motivo, el Notario debe tener mucho cuidado para darse cuenta de si tiene la capacidad para ver si aquello que manifiesta, aunque sea muy sencillo, es lo que quiere realmente, pero sin preocuparse de lo que hubiera hecho anteriormente. Volveremos a este punto más adelante, cuando estudiemos más ampliamente la capacidad necesaria para testar.

III. SENTENCIA 30/2007, DE 27 DE SEPTIEMBRE⁽⁵⁾

Ponente: Núria Bassols Muntada

a) El hecho

La señora Asunción otorgó testamento ante Notario, sin la intervención de ningún facultativo, e hizo heredera a las personas que la cuidaban. Antes, había hecho otro testamento a favor de unos parientes. Murió dos meses y pico después de este último testamento. Se interpuso demanda de nulidad por falta de capacidad de la testadora y captación de voluntad.

b) Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia

El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda (a la cual acompañaban dos informes médicos de facultativos que no había visitado nunca a la fallecida) y declaró la nulidad del testamento. Los demandados recurrieron alegando que los dos facultativos no habían visitado nunca a la testadora y que del examen de los antecedentes del hospital donde falleció se podía afirmar que a la difunta no le faltaba capacidad para otorgar testamento. Además, se alegaba la presunción *iuris tantum*, de capacidad y la intervención de fedatario público.

La Audiencia, en cambio, llegó a una conclusión totalmente diferente de la del Juzgado de 1.ª Instancia y revocó la Sentencia, con lo cual dio por válido el testamento. Se basaba en un estudio detallado de la prueba y de las manifestaciones emitidas en segunda instancia por el Notario, que manifestó que había ido dos veces al hospital y

que siempre había visto capaz a la testadora, y que su oficial coincidía con su opinión.

Contra esta Sentencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

c) La Sentencia del TSJC

El TSJC estima los dos recursos.

En la desestimación del recurso por infracción procesal se recoge mucha jurisprudencia sobre el valor de la afirmación de capacidad por el Notario, que estima solo *iuris tantum*, pero enérgica, y que se puede destruir mediante «enérgica prueba en contra».

Sin embargo, hace una mención especial a que «las conclusiones valorativas efectuadas, sea en primera, sea en segunda instancia, deben ser respetadas, si no se muestran como totalmente irrazonables, insostenibles, arbitrarias, ilógicas, demenciales o absurdas». Y, después de estudiarlas, afirma que «las conclusiones de la Audiencia son, obviamente, contrarias a la lógica y la razón [...]» (razonando el porqué, que era, fundamentalmente, el historial clínico de los dos hospitales que la atendieron) y, por lo tanto, estima el motivo.

En cuanto al recurso de casación:

— Parte de la redacción del art. 116 del Código de Sucesiones (entonces aplicable), que establecía: «Cuando el testador tiene habitualmente disminuida su capacidad natural para cualquier causa, esté o no incapacitado, puede otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el Notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, suficiente lucidez y capacidad para hacerlo [...]». Este precepto, a pesar de la redacción poco clara, fue interpretado mayoritariamente como que la intervención de los facultativos solo era necesaria si había declaración judicial de incapacidad. No obstante, ahora no estudiamos la interpretación de este artículo, sino de los razonamientos de la Sentencia.

— Hay que reconocer que lleva un estudio muy completo de jurisprudencia. De entrada, hallamos una argumentación totalmente correcta, aunque un poco dogmática, cuando dice: «Doctrina autorizada ha dicho que para testar o para tener capacidad de testamentifacción activa es necesario tener capacidad para

entender y querer libremente las disposiciones que se ordenan [...], y no basta con un indicio de conocimiento [...]». Pero el problema aparece cuando continúa: «Al hilo de lo expuesto, también es doctrina reconocida que para disponer mortis causa es necesario un mayor grado de conciencia que para la realización de negocios jurídicos inter vivos, ya que esta circunstancia se pone de manifiesto con una simple lectura y comparación de los artículos 663.2 y 1263 del Código Civil».

— Y, después de declarar que en este caso era necesaria la intervención de los dos facultativos del art. 116, hace la declaración siguiente (a nuestro juicio, innecesaria): «De modo que la fe pública notarial y el principio favor testamenti no justifican que los notarios, en supuestos que habitualmente carecen de cabal juicio, con un simple examen del testador y una serie de preguntas más o menos rutinarias, obvien la intervención de los expertos y autoricen testamentos sobre los cuales siempre planeará la duda de si realmente contienen la libre expresión de una voluntad querida, consecuencia de razones humanamente comprensibles y lógicas, aún más cuando el Notario no conocía al testador con anterioridad a la emisión de sus últimas voluntades».

d) Comentario

Nada que decir del recurso por infracción procesal. Ni de la interpretación que parece hacer del art. 116 del Código de Sucesiones, aunque no la compartimos (la Sentencia parte de la base de que estaba en una especie de incapacidad continua y que era casi imposible que tuviese, en el momento del testamento, un intervalo lúcido). Pero sí de la referencia que hace a los arts. 665.2 y 1263 del Código Civil, de los que no se deduce lo que dice la Sentencia, y de la afirmación de que, según doctrina reconocida, es necesario un mayor grado de conciencia para disponer *mortis causa* que para la realización de negocios jurídicos *inter vivos*.

Sin prejuicio de que volvamos a hablar de este tema más adelante, nos limitaremos ahora a reproducir lo que decía un autor tan moderado en su doctrina que es casi una *communis opinio*, como es CASTÁN TOBEÑAS, entonces ya Magistrado del Tribunal Supremo. Así, en 1944⁽⁶⁾, bajo la rúbrica *Particularidades que ofrece la teoría de la capacidad de testar en relación con la de otros actos*



jurídicos, afirmaba: «2.º—Por lo general, las leyes establecen menores exigencias para la testamentifacción que para los actos inter vivos, a causa de que estos últimos, por producir efectos inmediatos e irrevocables, pueden acarrear graves e irremediables perjuicios, mientras que el testamento, acto esencialmente revocable y destinado a no tener efecto sino después de la muerte de su autor, mira más que nada a apagar los sentimientos de afecto y gratitud del disponente (Losana)». El párrafo se reproduce literalmente en la edición siguiente, de 1973, revisada por otros autores⁷⁾, sin añadir ningún comentario.

Después volveremos a citar más doctrina. La afirmación de que de los artículos 663.2 y 1263 del Código Civil se desprende la necesidad de mayor capacidad la hemos encontrado en la edición de los colaboradores de la obra de LACRUZ BERDEJO, concretamente, LUNA SERRANO⁸⁾, que afirma: «Como apunta OSSORIO MORALES con acierto, el mayor grado de conciencia exigible para disponer mortis causa frente al requerido para actos inter vivos resulta de comparar el artículo 663-2.º con el 1263-2.º. En el 663-2.º, al tipificar la incapacidad natural para testar fundada en falta de discernimiento, el legislador emplea una expresión más amplia que la que utiliza al referirse a la incapacidad para contratar, pues mientras esta solo afecta a “los locos y dementes” (art. 1263-2.º), este impide para disponer mortis causa cualquiera que no se halle en su cabal juicio, lo cual abarca muchos más supuestos. / Este defecto de juicio íntegro, según el art. 663, incapacita al sujeto para otorgar testamento, tanto si es habitual como si es accidental, de donde resulta claro no ser necesario que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad. Bastará, según esto, para que el sujeto no pueda testar, con que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno psicológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio».

Estamos de acuerdo con estas afirmaciones, pero no con la principal, la «de la exigencia de mayor grado de conciencia para disponer mortis causa frente al requerido para los actos inter vivos», ya que esto no aparece en OSSORIO MORALES⁹⁾, que simplemente señala que el Código Civil utiliza, al referirse a la incapacidad natural para testar, una expresión más amplia que en referirse a la incapacidad para contratar, pues aquí excluye «locos y dementes» y, en relación con el testamento, basta «con que el otorgante no se halle en su cabal

juicio, aunque no esté loco, como en casos de embriaguez, estado hipnótico, etc.». O sea, se trata de una extensión de casos de incapacidad (que yo entiendo que están incluidos en los supuestos de anulabilidad de los contratos), pero en ningún momento habla de exigencia de mayor conciencia. En el mismo sentido, y citando a OSSORIO MORALES, se expresaba LACRUZ BERDEJO¹⁰⁾. Y ha sido LUNA SERRANO quien lo ha ampliado diciendo: «Como apunta OSSORIO MORALES con acierto, el mayor grado de conciencia exigible para disponer mortis causa al requerido para actos inter vivos resulta de comparar [...]». Como acabo de decir, entiendo que OSSORIO lo trata como una extensión, en todo caso, no como una calificación, al igual que LACRUZ BERDEJO. Más adelante veremos que tanto OSSORIO como LACRUZ, al hablar de la capacidad para testar a partir de los 14 años, tienen más bien una opinión contraria: que se requiere menos capacidad para hacer testamento que para hacer contratos. Y, en cualquier caso, podemos decir que en nuestro Derecho no existe la frase «no hallarse en su cabal juicio», sino que el art. 421-4 declara incapaces para testar «a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento».

En nuestro Derecho no existe la frase «no hallarse en su cabal juicio», sino que el art. 421-4 declara incapaces para testar «a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento»

Tampoco estamos de acuerdo con las manifestaciones de la Sentencia que, de forma genérica, afirman la simplicidad y poca exigencia del examen que sobre la capacidad del testador hace el Notario, en contradicción con la doctrina general de la mayoría de las sentencias, que señalan que la afirmación del Notario sobre capacidad goza de una fuerte presunción de veracidad. La misma Sentencia lo reconoce al reproducir la del 4 de febrero de 2002, que afirma: «Esta misma Sala ha tenido ocasión de afirmar, en su Sentencia de 21 de junio de 1990, que la aseveración notarial respecto a capacidad del otorgante, dada la seriedad y el prestigio de la institución notarial, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción —iuris tantum— de aptitud, solo destructible por una evidente prueba en contrario».

IV. SENTENCIA 64/2011, DE 17 DE OCTUBRE⁽¹¹⁾

Ponente: *Maria Eugènia Alegret Burgués*

a) El hecho

La señora Rosario, que había hecho un testamento el 21 de mayo de 1998, hace otro el 27 de marzo de 2007. Tenía 96 años en aquel momento. No podía firmar e intervinieron, por este motivo, dos testigos. No hubo intervención de facultativos, pero, en el transcurso del litigio, se presentaron dos informes. Uno era del médico de cabecera que visitaba periódicamente a la testadora desde 1975, aunque no estaba presente el día del otorgamiento, en el cual, después de varias explicaciones, acababa afirmando: «Por todo ello, puedo afirmar con rotundidad que, en fecha 27 de marzo de 2007, la Sra. Rosario no tenía la mínima capacidad suficiente para emitir declaraciones de voluntades sobre sus bienes». El otro era un dictamen de un tal doctor Alexander, médico psiquiatra, que tampoco había estado presente en el momento del otorgamiento y que aportó documentación relativa al estado mental de la causante. Se limitaba a efectuar una crítica al informe emitido por el doctor Darío y ponía en duda su actuación, pues no realizó ninguna de las pruebas normalmente utilizadas para la cuantificación y/o detección del deterioro cognoscitivo, como es el «test minimalista» (minuto 40.50, VÍDEO 2), y afirmaba que el médico de cabecera podía haber utilizado «otros fármacos mucho más



modernos y de sobrada experiencia en pacientes mayores, mucho más limpios sobre los aspectos psicomotrices».

b) Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia

El Juzgado de 1.ª Instancia de Vic declaró la validez del testamento basándose en la presunción de capacidad que implicaba el juicio del Notario, además del informe del doctor Alexander y de unas declaraciones de los testigos. En cambio, la Audiencia declaró la nulidad basándose, fundamentalmente, en el razonado dictamen del médico de cabecera y rechazando la eficacia del dictamen pericial del doctor Alexander, ya que «el perito informante no conoció ni pudo visitar a la paciente, ni ha tenido acceso a su historia, limitándose a hacer una crítica al informe emitido por el Dr. Darío en atención a la información facilitada por la ahora demandada», y critica las opiniones sobre los fármacos diciendo que «constituye un comportamiento improcedente por parte de quien no tuvo oportunidad de visitar directamente a la paciente ni se ha entrevistado con los médicos que la atendieron».

c) La Sentencia del TSJC

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Ambos fueron desestimados haciendo referencia al informe del doctor Darío, frente al del doctor Alexander.

En el recurso por infracción procesal se reafirma la doctrina de que el recurso no es una tercera instancia, y que la revisión de las pruebas solo procede cuando hay un «error patente, es decir, un error de hecho notorio o que pueda considerarse arbitrario o irracional, sin que le sea posible al Tribunal de Casación sustituir criterios valorativos del Tribunal de Instancia, simplemente dudosos, contingentes o susceptibles de ser discutidos», y añade a continuación que «de otro lado, entra en la labor soberana del Tribunal de Instancia el análisis y la valoración de los informes periciales que se hubiesen realizado (STS de 5-11-2009 o 23-3-2010), optando por unos u otros, así como la apreciación de las declaraciones testificales a las cuales puede otorgarse también distinta credibilidad».

Sin embargo, lo más interesante de estas consideraciones es que, después de estos razonamientos, pone énfasis en dar valor al dictamen del médico de cabecera que la visi-

taba desde hacía cuatro años (últimamente, cada semana), y que había comprobado el deterioro físico y cognoscitivo de la enferma, la cual estaba desorientada y, a veces, no sabía quién era. Afirma que «frente a la rotundidad y la claridad de su dictamen, no resulta relevante que no aportase documentación específica, que viene suplida por su directo testimonio y por su razón de ciencia: la personal y regular asistencia médica que venía prestando a la testadora; ni cabe contraponer el criterio de otro facultativo, aunque se trate de un especialista en Psiquiatría, que, por no haber visitado nunca a la paciente, solo podía informar con criterios abstractos y de referencia».

Y en el recurso de casación vuelve a referirse al dictamen del médico de cabecera afirmando: «Lo que viene a afirmar es que, a través de las pruebas practicadas, singularmente del dictamen del médico de cabecera de la Sra. Rosario, se ha demostrado cumplidamente la falta de discernimiento de la causante en el momento de otorgar el testamento discutido, teniendo en cuenta que la capacidad necesaria es aquella que permite al sujeto entender la realidad y trascendencia del acto jurídico testamentario y expresarlo convenientemente», y hace referencia también a que no podía haber expresado bien su voluntad al Notario, porque este comparó con el testamento ya redactado.

Finalmente, después de citar mucha jurisprudencia sobre el valor de la presunción de capacidad derivada de la afirmación del Notario y de su destrucción, concluye así: «En la misma línea, la STSJC n.º 30/2007, de 27 de septiembre, que cita la Audiencia, e incluso la STSJC n.º 32/2006, de 4-9-2006, o la 36/2003, de 16 de octubre, que ponen de relieve la importancia de la declaración de personal médico que hubiese atendido al causante en la última enfermedad».

d) Comentario

Lo que me gustaría destacar de esta Sentencia es que da total prevalencia a un dictamen razonado, sin pretensiones científicas, del médico de cabecera, que conoce de verdad a la persona, frente al criterio técnico e impersonal del médico especialista en Psiquiatría, que sitúa, según mi parecer, lo que se debe entender por *capacidad para testar* (a la cual después haremos una referencia más amplia) en un estado mental que en aquel momento tenga el testador, de modo que sea consciente de lo que está haciendo, y que me llevará a afirmar que el

Notario es la persona más adecuada para juzgarla, siempre que no sea como el caso analizado, en que su actuación debe considerarse, como mínimo, imprudente (llevaba el testamento redactado).

El TSJC ha vuelto a destacar la importancia de la opinión del médico de cabecera recordando que en la Sentencia de 17 de octubre de 2011⁽¹²⁾, que es la comentada, se afirma: «En estas circunstancias, es del todo razonable que se atienda, para acreditar el estado de salud física y mental de la testadora, precisamente al dictamen de su médico de cabecera como persona experta y testigo directo, aunque no fuera psiquiatra o no hubiese estado presente en el instante del otorgamiento del testamento».

V. RASGOS FUNDAMENTALES DE LAS TRES SENTENCIAS

Creemos que estas tres sentencias marcan unos criterios muy claros, aunque no precisamente coincidentes, en relación con el tema de la capacidad de *testamentifictio activa*.

- La primera parte de un sentido práctico que atiende al caso concreto y pide una capacidad adecuada para este caso, sin referirse a una capacidad general.
- La segunda, en cambio, es mucho más dogmática y tiende a pedir siempre plena capacidad, incluso superior a la capacidad para contratar, y propone la intervención de los facultativos, además del Notario, si se aprecia la menor duda de capacidad.
- La tercera, la destacamos por el valor que da al dictamen del médico de cabecera, algo que ya habían hecho sentencias anteriores. Esta, sin embargo, le da prevalencia respecto al dictamen del especialista, poco razonado.

Ahora intentaré, partiendo de todo esto o como complemento, echar primero un vistazo a la capacidad jurídica y de obrar para otorgar testamento, a la conexión entre la edad para testar y la presunción de capacidad, a su apreciación, y, finalmente, hacer unos razonamientos de tipo fundamentalmente práctico sobre esta capacidad para testar, cuál es su extensión y quién debe apreciarla.

VI. CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO (JURÍDICA Y DE OBRAR)

La capacidad jurídica para otorgar testamento es reconocida hoy en todos los esta-



dos democráticos. Sin embargo, no siempre ha sido así. El Derecho romano, al menos al principio, la limitaba a los ciudadanos romanos. Tal y como afirma IGLESIAS⁽¹³⁾, en Roma solo goza de la *testamentifacio activa* quien tiene plena capacidad jurídica y de obrar. Así, por lo tanto, de acuerdo con el primer requisito, el testador debe ser libre, ciudadano romano y *pater familias*, aunque hay excepciones, ya que el esclavo del Estado puede disponer de la mitad de su peculio, y también tiene excepciones el *filius familia*, aunque ninguno de ellos goza de la plena capacidad jurídica testamentaria. También, según el mismo, carecen de capacidad, si bien esto va más hacia la capacidad de obrar, el impúber, el loco y, en el Derecho posclásico, el apóstata, el maniqueo y el hereje, si bien, a mi entender, estas últimas limitaciones afectan plenamente la capacidad jurídica.

Y en la edad media también había restricciones. Con referencia a *Las partidas*, las leyes 13 a 17 del Título Primero de la Partida Sexta⁽¹⁴⁾ impiden hacer testamento al varón menor de 14 años y a la mujer menor de 12, a los que carecen de conocimiento, a los pródigos⁽¹⁵⁾, a los condenados a muerte y a los desterrados, a los sirvientes que no eran libres, a los condenados por difamación, a los herejes y a los religiosos⁽¹⁶⁾. Y nos recuerda ROCA FERRER⁽¹⁷⁾ que en Cataluña, entre el Decreto de Nueva Planta y la publicación de la CDCC, eran considerados incapaces de testar los impúberes, los que tenían perturbadas las facultades mentales, los pródigos (por entenderlo así la jurisprudencia basándose en el Derecho romano), los sordomudos de nacimiento y los religiosos profesos, aunque esta incapacidad desapareció con la publicación de la edición reformada del Código Civil del 24 de julio de 1889 (en la primera edición, subsistía la incapacidad de los religiosos), aplicable a toda España. Igualmente, se consideraba incapaces de testar a los hijos de familia, mientras estuvieran sujetos a la patria potestad, una incapacidad que cesó con la Ley de Matrimonio Civil. El Proyecto de Apéndice de 1930 reducía las incapacidades a no haber llegado a la pubertad y a no hallarse en pleno uso de las facultades mentales. BORRELL⁽¹⁸⁾ aún exceptúa de la «testamentifacción» activa a los «impúberes, los declarados pródigos por sentencia firme, los que no se pueden expresar, los locos y quizás los hijos de familia», y el Proyecto de Compilación aún preveía la incapacidad del pródigo, aunque matizada con la exigencia de que la sentencia que lo declaraba como tal le prohibía testar.

Hoy en día, la capacidad jurídica para testar, la *testamentifacio activa*, está reconocida en nuestro Derecho a todo el mundo. Yo me atrevería a decir que forma parte de los derechos fundamentales, como una expresión de la libertad civil que reconoce el art. 10 de la Constitución. Y también la podemos ver declarada en el art. 33.1 de la misma, cuando dice: «Se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia». Y esta capacidad jurídica no tiene ningún límite, ni puede ser limitada por sentencia. Por eso, el art. 40.6 de la Ley Concursal dice claramente: «El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia». Y también por eso me gusta la rúbrica que encabeza el art. 421-1: *Libertad de testar*.

Hoy en día, la capacidad jurídica para testar, está reconocida en nuestro Derecho a todo el mundo. Podríamos decir que forma parte de los derechos fundamentales, como una expresión de la libertad civil que reconoce el art. 10 de la Constitución

La capacidad de obrar, es decir, la capacidad concreta para otorgar un testamento, tiene en nuestro país dos restricciones, según el art. 421-4 del Código Civil de Cataluña: tener menos de 14 años y no tener capacidad natural en el momento del otorgamiento. Estas limitaciones son verdaderas prohibiciones y su infracción lleva directamente a la nulidad del testamento, mientras que en los contratos las limitaciones a la capacidad de obrar solo producen la anulabilidad. La razón de esta diferencia de tratamiento (según explican los anotadores de la segunda edición del ENNECERUS)⁽¹⁹⁾ radica en el hecho de que, en los contratos, la capacidad de obrar está en función de la repercusión enriquecedora o de pérdida que su eficacia pueda tener sobre quien lo va a celebrar, en tanto que, en el testamento, los efectos no recaen sobre quien lo otorga. La capacidad de obrar está en función de su carácter normativo, previsto como acto del destino de bienes, y de si el testador tiene suficiente aptitud para que sea atendido. Por ello, esta capacidad de obrar se eleva a la categoría de requisito de validez.

También deben considerarse limitaciones a la capacidad de obrar la norma especial del art. 421-17, que exige la mayoría de edad para poder otorgar testamento

ológrafo, justificada por la falta de asesoramiento del Notario o las normas especiales para las personas con discapacidades sensoriales (art. 421-8 CDCC).

VII. CAPACIDAD Y EDAD. GRADO DE CAPACIDAD

Aunque parezcan dos causas distintas, la prohibición de testar por no tener 14 años y por falta de capacidad natural entiendo que, en realidad, obedecen a lo mismo: la presunción de que a esta edad ya se está capacitado para otorgar testamento, porque ya se tiene capacidad natural para este tipo de negocio jurídico, una capacidad que a partir de aquel momento se le presume y que, lógicamente, puede perder, y de aquí viene la segunda prohibición, la falta de esta capacidad, que debe demostrarse. Y entiendo también que es un error relacionarla con la que se pide para los negocios jurídicos *inter vivos*, pues obedecen a razones diferentes. Y la mayoría de los autores reconocidos sigue más o menos esta pauta. Haré un repaso de sus opiniones, empezando por las contrarias a mi tesis: una antigua, de MUCIUS SCAEVOLA⁽²⁰⁾, y otra más actual, de FERNÁNDEZ HIERRO⁽²¹⁾.

El primero, si bien alaba el hecho de que se haya señalado la misma edad para el hombre que para la mujer, no es partidario de que se pida menos edad para hacer testamento que para contratar, ya que el contrato puede referirse a cualquier cosa y el testamento incluye todo el patrimonio. Añade que el Código Civil es uno de los que tiene señalada la edad más baja para testar, pero, en los ejemplos que pone, aunque establecen más edad para testar, esta es inferior a la general para contratar.

Por su parte, FERNÁNDEZ HIERRO afirma «que no se ve una clara diferenciación entre el testamento y otros negocios jurídicos, y que por qué alguien que puede hacer testamento no puede concluir un contrato, por ejemplo». Y rechaza la afirmación de que es un acto personalísimo, ya que dice que siempre queda la sucesión *ab intestato*. Y si se trataba de un testamento muy complejo que no resuelve la sucesión *ab intestato*, «habría que pensar que la capacidad del testador debía ser, al menos, la equivalente a la necesaria para hacer otros negocios jurídicos, esto es, la mayoría de edad». No sé a dónde lleva esto de la complejidad del testamento. De lo que se trata es sencillamente de que el menor que tiene 14 años pueda decir cosas concretas, como si nombra herederos a sus



padres, o bien a la esposa, o a un amigo, o si realiza un legado concreto.

Haremos ahora una relación, por orden cronológico, de diversos autores reconocidos que explican y (algunos) justifican esta joven edad para testar. Podemos avanzar que, en general, se basan en estos tres motivos: equiparación a la edad para contraer matrimonio, siguiendo la tradición romana; imposibilidad de hacer testamento por representante, y el hecho de que nunca puede salir perjudicado el testador, ya que, además de ser revocable, no tiene eficacia hasta después de su muerte.

Sin embargo, antes quiero añadir a estas tesis dos menos radicales. La de ALBALADEJO⁽²²⁾, que sencillamente dice: «Aunque la verdad es que los catorce años son pocos años. Debería pedirse la mayoría de edad o quizás la emancipación, ya que esta supone que se estima maduro antes de la edad normal de la mayoría, y el acto de testar es muy importante para dejarlo en manos de párvulos». Y la muy reciente de ROMERO COLOMA⁽²³⁾, que ha dicho: «Algunos autores han defendido la tesis de que por cabal juicio hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos y negocios jurídicos». Pero ni cita a los autores ni ella se pronuncia.

Vayamos ahora a las teorías y los autores que se encuentran en la línea de mi tesis.

Empecemos por *Las partidas*. En la ley 13 del Título Primero de la Partida Sexta, antes citada, se establece que no pueden testar el hombre menor de 14 años y la mujer menor de 12, y se añade que «e esto es porque los que son desta edad non han entendimiento completo», lo cual viene a decir que, si la tienen, gozan de este conocimiento. Pero hay más. El comentarista GREGORIO LÓPEZ⁽²⁴⁾ no hace otro comentario que el siguiente: «Si el impúber fuese capaz de dolo, podría el príncipe autorizarle para otorgar testamento». En otras palabras,

la pubertad significa o presume conocimiento, pero este se puede tener incluso antes.

Seguimos con el Derecho catalán histórico. Ya sabemos que regía el Derecho romano. El año 1704, COMES publica el conocido *Viridarium artis Notariatus*. De su traducción al castellano del año 1826⁽²⁵⁾ extraemos estos dos párrafos: «No habiendo cosa más debida a los hombres que el que puedan manifestar como les parezca su postrimera voluntad, está permitido a todos el hacer testamento a excepción de aquellos [...]. Está de consiguiente prohibido por derecho romano hacer testamento: [...] 2.º Al impúber, esto es, al menor de 14 años, si es varón, y de doce, si es hembra, cuyos años no se computan de momento a momento por tratarse de materia favorable, sino que basta haber llegado a lo menos al último día. Se prohíbe al impúber por la razón de que los hombres, en aquella edad, no acostumbran a tener discreción, ni juicio, al de que en el testamento se requiere integridad de entendimiento y perfecta inteligencia».

O sea, COMES ve como un derecho fundamental el hecho de poder otorgar testamento y supone que, superada la pubertad, ya se tiene un juicio íntegro y una perfecta inteligencia.

Sigamos con la legislación del Estado. El Proyecto de 1851 fijaba la mayoría de edad en los «20 años cumplidos» (art. 324), mientras que, para otorgar testamento, el art. 600 declaraba que «pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce que, al hacerlo, gocen de su cabal juicio». GARCÍA GOYENA⁽²⁶⁾, que al tratar de la herencia se manifiesta totalmente contrario, diciendo que «un hombre no puede disponer para en tiempo en que deja de ser dueño de las cosas», no ve ningún obstáculo en la fijación de la edad para otorgar testamento, y afirma, en cambio, «la edad señalada para el acto más importante de la vida (el matrimonio) no podía menos de bastar para el que no puede tener influjo alguno en ella», y cita el FUERO JUZGO, que permitía testar al

«pupilo» que hubiese cumplido los 10 años y estuviese enfermo. Cita las legislaciones de varios estados, sin comentarlas, y que el Código Civil francés, en el art. 904, exige la edad de 16 años y solo se puede disponer de la mitad de los bienes. La mayor parte de las legislaciones que cita señalan una edad inferior a la de «mayoría» para otorgar testamento, y ninguna pide una edad superior.

Publicado el Código Civil, este señala para la mayoría de edad los «21 años cumplidos» y, después de afirmar que pueden testar todos aquellos a quienes no se les prohíba expresamente, declara incapaces para testar a «los menores de catorce años de uno y otro sexo» (art. 663). MANRESA⁽²⁷⁾ empieza señalando que muchos autores están en contra de la diferencia de edad para disponer *inter vivos* y *mortis causa*, pero ninguno señala una edad más alta para testar; en cambio, muchos señalan los 18 o los 15 años. Él afirma que el Código Civil se mantiene fiel a la base quincena, que disponía que, en materia de sucesiones, refiriéndose especialmente a la capacidad para disponer y recibir por testamento, se mantuviese la legislación vigente. Y, por su parte, considera que en la testamentifacción activa «no se trata de crear relaciones jurídicas recíprocas entre el heredero y el causante, sino de actos voluntarios que responden más a los sentimientos del corazón y a los dictados de la conciencia que a los consejos de reflexión, y, por lo tanto, no teniendo que quedar obligado el testador por el ordenamiento de su última voluntad, no es necesario que para ello tenga la capacidad y la edad necesarias para obligarse en virtud de contrato». Y afirma después de estas y otras reflexiones: «Por eso todas las legislaciones han anticipado la testamentifacción activa a la mayoría de edad».

SÁNCHEZ ROMÁN⁽²⁸⁾, en el mismo sentido, señala que se debería haber respetado la edad de 12 años para que la mujer pudiera hacer testamento y, refiriéndose a la posibilidad de que la mujer muera a consecuencia del parto, dice textualmente que resulta «no solo incongruente, sino hasta impío, que aquella a quien la ley reconoció capacidad para ser legalmente madre, la prive del derecho y del consuelo de regular la sucesión testada del ser que llevó en sus entrañas y cuyo alumbramiento le costó la vida».

Se manifiesta totalmente contrario a las doctrinas que entienden que el testamento es una disposición de unos o de todos los bienes, y señala la diferencia entre el contrato, en el cual queda ligada la voluntad al derecho del acreedor de manera irrevocable, y el tes-



tamento, que tan solo es eficaz después de la muerte del testador y que, además, siempre se puede revocar. Y concluye los razonamientos diciendo: «Si esto no lo acreditase la razón, lo demostrarían los hechos; cualquiera que sea el criterio de fijar mayores o menores tipos de edad para otorgar la testamentación activa, no han llegado, generalmente, a su identificación con la determinación de la capacidad contractual, a pesar de haber sido dictadas muchas de ellas bajo el influjo de esta preocupación, bastante extendida entre los juristas».

VALVERDE⁽²⁹⁾ se limita a decir lo siguiente: «Tal vez sea escasa la edad para realizar un acto de tanta trascendencia como es el testamento; cuanto menos debió exigirse 18 años, que es la edad que al casado se le permite administrar», y remite a algunos códigos que piden esta edad.

DE DIEGO⁽³⁰⁾, después de señalar que puede parecer extraño que se pida menos capacidad para un acto tan complejo como es el testamento, que se extiende a todo el patrimonio, que para un contrato, que se refiere a cosas particulares, señala que, con todo, «es razonable, porque el testador no se obliga con nadie al hacer testamento, que puede revocar cuando quiera y que empieza a surtir efectos a la muerte del testador, a quien, por tanto, no puede perjudicar. Tampoco puede perjudicar a herederos forzosos y acreedores, porque la ley salva el derecho de unos y de los otros». Al contrario del contrario, como continúa razonando.

La poca edad exigida para testar se justifica en que el testamento solo produce efectos después de la muerte del otorgante y además es revocable en cualquier momento anterior a la misma, quedando garantizado en todo caso el derecho de los parientes por la institución de la legítima

Y haremos referencia ahora a autores más actuales. OSSORIO MORALES⁽³¹⁾, después de reconocer que muchos autores critican la poca edad exigida para testar y el hecho de que es inferior a la de diversas legislaciones y a la que fija el mismo Código Civil para las disposiciones *inter vivos*, añade con claridad: «Esta diferencia suele justificarse, no obstante, con la observación de que, mientras estos últimos

producen efectos inmediatos y pueden ocasionar graves perjuicios a quien impremeditadamente los celebra, el testamento, en cambio, como acto *mortis causa*, solo produce efectos después de la muerte del otorgante, cuando ya este no puede resultar perjudicado; a más que el testamento es revocable en cualquier momento anterior a la muerte, quedando garantizado en todo caso el derecho de los parientes por la institución de la legítima, de la que no pueden ser privados por el testador». Es difícil hallar más claridad y contundencia.

LACRUZ BERDEJO⁽³²⁾, en un sentido parecido, afirma: «Hay quien considera demasiado baja la edad exigida para testar, en contraste con la capacidad negocial general. Esta diferencia se justifica desde diversos puntos de vista: de una parte, el testamento (no así la disposición *mortis causa contractual*) es revocable y no produce efectos sino desde el fallecimiento del testador, de modo que no podría causar daño al que lo otorga, ni tampoco a los acreedores o legitimarios, que tienen sus derechos garantizados en diversos preceptos legales; tampoco arrebató al menor la posibilidad de cambiar de opinión con juicio más maduro; finalmente, si el menor no otorga el testamento, no puede otorgarlo nadie por él, ya que no sería admisible la concurrencia al acto, para aprobarlo, del representante legal, ni menos (salvo unos supuestos muy concretos) la sustitución del causante interesado por su representante legal en el otorgamiento».

Debe añadirse que el autor cita, para reforzar sus argumentos, la opinión de BINDER, para quien no tiene sentido aplicar las limitaciones a la «capacidad negocial», pues estas tienden a librar al menor de las consecuencias nocivas de sus actos, lo cual no puede producirse en los actos de última voluntad. Por eso el argumento no es válido para los contratos sucesorios.

Y, más recientemente, ROCA FERRER⁽³³⁾, enfrentándose con sus tesis a los que se manifiestan en contra de la baja edad para testar que exige el Código Civil, entre ellos, como hemos visto, FERNÁNDEZ HIERRO, nos dice que todas las críticas olvidan «algo tan fundamental como: si los ordenamientos limitan la capacidad de actuar de los menores de edad, lo hacen para evitar que estos, actuando impremeditadamente, se perjudiquen a sí mismos. Se trata, en todo caso, de limitaciones o prohibiciones tuitivas que se salvan mediante la atribución a padres o tutores de lo que la doctrina viene llamando potestades-función, cuyos titulares están obligados siempre en beneficio del me-

nor o del pupilo. Ahora bien —añade—, dadas las especiales características del acto de última voluntad, cuya eficacia está subordinada a la muerte del disponente, el testamento, por más desacertado que sea, nunca podrá perjudicar al testador, muerto por definición, al tiempo de su apertura. Podrá resultar injusto, disparatado o arbitrario, pero siempre serán otros, los sobrevivientes, los que sufran sus consecuencias. De ahí que el ordenamiento lo permita a quienes prohíbe tomar dinero a préstamo (por miedo al usurero, no al prestatario)».

Podemos afirmar, pues, que, en general, los autores consideran acertada una edad para testar más baja que para hacer negocios jurídicos, si bien algunos creen que debería ser un poco más alta, aunque inferior a la general para contratar. Y que se basa en el hecho de que la disposición testamentaria no puede hacer nunca daño a quien la hace, el cual, además, mientras vive, podrá cambiarla, y que no ha de respetar intereses ajenos, que ya están cubiertos por las legítimas o la protección de los acreedores. Y que el testamento es acto personalísimo y, normalmente, expresión de sentimientos.

VIII. APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD ¿A QUIÉN CORRESPONDE?

Tradicionalmente, se ha vinculado al Notario autorizante del testamento, que es siempre quien juzga la capacidad y la legalidad de los documentos que autoriza. Y en este sentido se pronuncian tanto el Código Civil español⁽³⁴⁾ como el Código Civil de Cataluña⁽³⁵⁾, así como la jurisprudencia y, dentro de esta, las sentencias comentadas. Pero hay una cierta corriente doctrinal, que recoge la Sentencia comentada de 27 de septiembre de 2007, de ampliar la necesidad de la intervención de facultativos, además de a los supuestos de incapacidad declarada, a cualquier tipo de deficiencia o, incluso, solo por la edad avanzada del testador, cosa que devalúa el valor de la apreciación notarial. En relación con esto, podemos citar a LUNA SERRANO⁽³⁶⁾, que considera muy discutible la postura jurisprudencial sobre la apreciación de la capacidad del testador por el Notario, y, más recientemente, ROMERO COLOMA⁽³⁷⁾, que en la última conclusión del artículo antes citado afirma: «Aunque el fedatario sea la persona competente —según el Código Civil, para emitir un juicio sobre la valoración de la capacidad mental del testador—, hay que tener en cuenta que no es una persona especializada en Psiquiatría y que, por tanto, muchos trastornos y alteraciones mentales le pueden



pasar desapercibidos, por lo que abogo por la intervención de facultativos especializados en esta materia como ayuda e instrumento inestimable para los notarios, sin desmerecer en absoluto la intervención de estos en lo que respecta a la apreciación de la capacidad mental del testador». En el comentario a esta Sentencia ya hemos rebatido esta tesis, pero tenemos dos sentencias más recientes del TSJC que abonan la doctrina de la atribución al Notario de la capacidad del testador para otorgar testamento. Son la 25/2014, de 7 de abril, y la 31/2014, de 8 de mayo.

En la primera (Ponente: José Francisco Valls Gombau) se trata de un testamento otorgado por una persona que estaba sometida a un proceso de incapacidad, la cual otorga testamento antes de dictar sentencia. Y en la Sentencia se declara nulo por falta de capacidad. Y, a pesar de ello, la Sentencia declara: «En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, a pesar de que el testador se hallaba sometido a un proceso de incapacidad, aún no había sido incapacitado judicialmente, por lo cual la presencia de los facultativos (conforme al art. 421-9 CCCat, a salvo de que el Notario estimase su pertinencia) no era legalmente necesaria como requisito de forma, y su capacidad, al momento del otorgamiento, debía apreciarse por el Notario autorizante, si bien la misma, como venimos declarando conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta, tiene un valor de presunción iuris tantum que puede quedar desvirtuada por una prueba en contrario, como ha sucedido en este supuesto»⁽³⁸⁾.

En la segunda (Ponente: Maria Eugènia Alegret Burgués) se trata de un supuesto en el cual la Sentencia mantiene la capacidad de los testadores (marido y mujer) y defensa la no necesidad de facultativos, puesto que rechaza las tesis de la edad de los otorgantes y la protección de las personas con dificultades para autogobernarse, y afirma que: «Es obvio, además, que no pueden generalizarse los efectos que la edad o las enfermedades físicas invalidantes puedan ocasionar en la capacidad de discernimiento de cada persona, ya que ello depende de muchas circunstancias»⁽³⁹⁾.



Y, después de razonar sobre la necesidad de concretar más en el Reglamento Notarial los medios o pautas para apreciar la capacidad del testador, concluye: «Por tal razón, la presencia de facultativos aceptados por el Notario resulta inexcusable en los casos de incapacidad declarada. Mientras que cuando se trata de personas que no han sido incapacitadas los citados facultativos han de acudir solo si el Notario lo considera pertinente, lo cual no elimina la posterior impugnación mediante una prueba que desvirtúe la presunción iuris tantum de capacidad realizada por el Notario»⁽⁴⁰⁾.

Querría hacer una mención especial a la referencia expresa que hace la Sentencia del 27 de septiembre de 2007 (que antes hemos comentado mostrando nuestro desacuerdo) y que alegaba el recurrente afirmando que «tampoco puede extraerse ningún cambio de criterio de la Sentencia 27-9-2007 en el sentido que apunta el recurrente —sería, además, una sola que no conformaría doctrina legal— cuando afirma [...]»⁽⁴¹⁾.

IX. PAUTAS BÁSICAS PARA DETERMINAR LA CAPACIDAD PARA TESTAR

- a) La capacidad debe tenerse en el momento del otorgamiento (art. 421-4 *in fine*; art. 666 CC), pero debe durar todo el tiempo del otorgamiento. No importa el estado mental anterior ni el posterior, aunque, en caso de impugnación, servirán como prueba. Nuestro Código no dice claramente, como el español, que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido» (art. 664), pero no es necesario. El TS admitió como válido un testamento otorgado mientras se iniciaba el proceso de incapacitación (Sentencia de 25 de octubre de 2001). También hay sentencias que no ven ningún problema en el posterior suicidio. Y el testamento nulo por falta de capacidad no recobra eficacia, aunque luego la recobre y piense que no estaba mal. El testamento nulo no puede convertirse en válido.
- b) La capacidad debe tenerse ante el caso concreto. Es en este punto donde encontramos todo tipo de sentencias. Pero la guía debe ser respetar la libertad del testador y no buscar un testamento justo, sino querido, pues es normal que, a ciertas edades, la voluntad sea guiada por afectos no siempre lícitos y, a veces, inducidos. El Notario debe prescindir

de ello. En cualquier caso, será el Juez quien dirá si ha habido captación de voluntad determinante, porque una cierta captación de voluntad existe muchas veces. Ya hemos visto lo que decía MANRESA hace años: el testador se mueve por afectos y simpatías, y debe darse cuenta de lo que hace y de las consecuencias inmediatas. Si mejora o deshereda a un hijo, debe darse cuenta, pero no es necesario que se dé cuenta de los resultados posteriores. Si hace un fideicomiso, simplemente debe saber que el fiduciario no podrá vender, pero no el resto de consecuencias. O si deja la casa a quien lo cuida en sus últimos momentos, no es necesario que piense que se ha olvidado de los que lo han cuidado antes. Por eso me gusta la expresión *capacidad natural* de nuestro Código Civil, ya que significa simplemente 'darse cuenta de lo que uno hace'.

- c) Aunque no forme parte de la capacidad, la voluntad no debe estar viciada, como acabamos de decir. Pero, en cualquier caso, no debemos olvidar que solo tiene interés si va en contra de la verdadera voluntad del testador, no contra los intereses de unos terceros, por legítimos que sean. Y debe ser *claramente* manifestada, lo cual no quiere decir *técnicamente*. Parece que sería nulo un testamento hecho solo con respuestas a preguntas del Notario o de otra persona *ad alterius interrogationem*. Caben todo tipo de preguntas con el fin de aclarar mejor la voluntad, pero esta debe ser manifestada, de palabra o por escrito, por el testador.
- d) La persona que debe apreciar en el momento del otorgamiento si el testador tiene capacidad o no es el Notario. En este punto, son claros tanto nuestro Código como el del Estado: «El Notario debe identificar al testador y debe apreciar la capacidad legal en la forma y los medios que establece la legislación notarial» (art. 421-7), una frase que reafirma la autoridad del Notario. En cuanto al Código Civil, «también hará constar (el Notario) que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» (art. 696 *in fine*). Por otro lado, la jurisprudencia ha hablado de la enérgica presunción, aunque *iuris tantum*, de la afirmación de capacidad del testador por el Notario, que solo puede destruirse por una completa prueba en contra.



Debe reconocerse, sin embargo, como hemos visto, que hay posturas contrarias, que al más mínimo indicio de deficiencia, o solo para una edad avanzada, piden la intervención de facultativos. Yo creo, sinceramente, que no. Y las sentencias de 7 de abril y 8 de mayo antes citadas abonan esta tesis. El Notario, si no olvida una de sus características fundamentales, **la prudencia**, es la persona que, acostumbrada a tratar estos temas, puede hacer preguntas no rutinarias, sino atendiendo al caso concreto, para constatar la capacidad. Sobre todo tenemos en cuenta la primera Sentencia comentada, la 32/2006, del 4 de septiembre, que atiende a la complejidad del testamento y pide solo que sea consciente de lo que hace. Por otro lado, entiendo que el Notario no debe aceptar los dictámenes administrativos sobre incapacitación, aunque sí tenerlos en cuenta. Y, en caso de duda, siempre tiene el recurso que le da el art. 421-9, el cual, después de reafirmar la competencia para apreciar la capacidad, añade: «Y si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos», lo cual es un signo del concepto que tiene el Código del Notariado.

La capacidad para otorgar un testamento determinado es aquella que permite que el testador se dé cuenta de lo que está haciendo y de las consecuencias inmediatas. Y corresponde al Notario su apreciación

X. CONCLUSIÓN

Sin pretensiones dogmáticas, creemos que podría decirse que la capacidad para otorgar un testamento determinado **es aquella que permite que el testador se dé cuenta de lo que está haciendo y de las consecuencias inmediatas. Y corresponde al Notario su apreciación.**

- (1) *RJC, Jurisprudència*, 2007, t. V, p. 1559 y ss.
- (2) Lo copiamos de la STSJC. *RJC*, p. 1561.
- (3) *RJC*, 2007, t. V, p. 218.
- (4) RN, art. 156: «La comparecencia de la escritura indicará [...] 8.º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del Notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera [...]».
- (5) *RJC, Jurisprudència*, 2008, t. V, p. 1528 y ss.

- (6) José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV: *Derecho de familia: Derecho de sucesiones*, Ed. Instituto Editorial Reus, 6.ª ed., Madrid, 1944, p. 262.
- (7) José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. VI: *Derecho de sucesiones*, Ed. Reus, 7.ª ed. (revisada y puesta al día por José Batista Montero-Ríos y José M. Castán Vázquez), Madrid, 1973, p. 29.
- (8) Agustín LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de Sucesiones*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 175.
- (9) Juan OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 46.
- (10) José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones: I. Parte general: Sucesión voluntaria*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 336.
- (11) *RJC*, 2012, t. V, p. 1443 y ss.
- (12) *RJC, Jurisprudència*, 2014, t. III, p. 689 y ss.
- (13) Juan IGLESIAS, *Derecho romano*, Ed. Ariel, 6.ª ed., Barcelona, 1972, p. 544 y ss.
- (14) *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el X, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, t. III, Barcelona, 1843, p. 410-417.
- (15) «Otrosí el que fuere desmemoriado non puede fazer testamento, nin el desgastador de lo suyo, a quien ouiesse defendido el Juez que non enajenase sus bienes» (ley 13).
- (16) «Como los que entraron en Religión non pueden fazer testamento» (ley 17).
- (17) Javier ROCA FERRER, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 421.
- (18) Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V, Barcelona, 1923, p. 17.
- (19) ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, vol. I, Ed. Bosch, 2.ª ed. (a cargo de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll), Barcelona, 1976, p. 194 [trad. de la 13.ª ed.].
- (20) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil: Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Miguel Moreno Mocholi*, t. XII, Ed. Instituto Editorial Reus, 2.ª ed., Madrid, 1950, p. 86-87.
- (21) J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Los testamentos*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 32-38.
- (22) Manuel ALBALADEJO GARCÍA, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Dirigidos por él mismo*, t. IX, vol. 1, Ed. EDESA, 1990, p. 70.
- (23) Aurelia María ROMERO COLOMA, «Capacidad e incapacidad para testar», en *Revista Jurídica del Notariado*, oct.-dic. 2013/ene.-mar. 2014, p. 433.
- (24) *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el X, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, t. III, Barcelona, 1843, p. 411.
- (25) *Tratado teórico-práctico del arte de Notaría*, trad. libre de la obra que bajo el título *Viridarium artis Notariatus* escribió en latín José COMES. No consta el autor de la traducción, aunque hay una rúbrica: «A los efectos derecho de propiedad» y «Barcelona, en la Imprenta de J. Mayol y Compañía. Año 1926». Consta de 2 v. La cita es del vol. II, p. 3-4.
- (26) Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 299 (en lo relativo a la herencia) y 323 (en lo relativo a la capacidad para otorgar testamento) [reimpr. de la ed. Madrid, 1852].
- (27) José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. V, Ed. Instituto Editorial Reus, 2.ª ed. (revisada por Pascual Marín Pérez), Madrid, 1951, p. 352-356.
- (28) Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 1, Madrid, 1910, p. 208-211.
- (29) Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, t. V, 2.ª ed., Valladolid, 1921, p. 60-61.
- (30) Felipe Clemente de DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español: Nueva edición revisada por Alfonso de Cossío y Antonio Guillón*, t. III: *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1959, p. 35-36.
- (31) Juan OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 44-45.
- (32) José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones: I. Parte general: Sucesión voluntaria*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 335.
- (33) Xavier ROCA FERRER, en *Títulos sucesorios (el testamento y la sucesión intestada): Parte primera: La sucesión testada en instituciones de Derecho Privado*, t. V: *Sucesiones*, vol. 2, Ed. Consejo General del Notariado; Thomson-Civitas, Madrid, 2002, p. 44.
- (34) «También hará constar (el Notario) que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» (art. 696 in fine).
- (35) «El Notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad legal en la forma y los medios que establece la legislación notarial» (art. 421-7).
- (36) Agustín LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho Civil*, t. V: *Derecho de Sucesiones*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 176.
- (37) Aurelia María ROMERO COLOMA, «Capacidad e incapacidad para testar», en *Revista Jurídica del Notariado*, oct.-dic. 2013/ene.-mar. 2014, p. 467-468.
- (38) *RJC, Jurisprudència*, 2014, t. V, p. 1367.
- (39) *RJC, Jurisprudència*, 2014, t. V, p. 1373.
- (40) *RJC, Jurisprudència*, 2014, t. V, p. 1374.
- (41) *RJC, Jurisprudència*, 2014, t. V, p. 1370.

La reforma del régimen de los arrendamientos urbanos. Incentivos para el arrendador ⁽¹⁾

Ramon M. Romeu Cònsul
Abogado

SUMARIO

- I. LA MOTIVACIÓN DE LA REFORMA
- II. LA REFORMA DESDE UN PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO
- III. LA REFORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCEDIMENTAL
- IV. LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE SENTENCIAS FIRMES DE IMPAGO DE RENTAS DE ALQUILER
- V. CONCLUSIÓN

I. LA MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

Según los datos del último censo, que corresponden al año 2011, en el estado español hay más de 25,2 millones de viviendas, de las cuales casi 3,5 millones están vacías. Asimismo, según este censo, aproximadamente un 17 % de las viviendas ocupadas lo están en régimen de alquiler.⁽²⁾ Estos datos contrastan significativamente con la media europea, que indica que el porcentaje de viviendas ocupadas en régimen de alquiler se aproxima al 38 %.⁽³⁾ De hecho, los datos ponen de manifiesto que, a parte de la cultura de la propiedad fuertemente arraigada en nuestra comunidad, en el Estado español muchos propietarios de inmuebles vacíos prefieren mantenerlos así antes que incorporarlos al mercado de alquiler.



Esta situación puede explicarse, por un lado, por el hecho de que los propietarios no obtienen una rentabilidad suficiente de los inmuebles de su propiedad y, por otro, por la falta de profesionalización de estos propietarios, lo que no les permite gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a la ejecución y aplicación de un contrato de arrendamiento. En este sentido, no se puede obviar que el mercado español de

la vivienda es un mercado muy atomizado donde predominan aún los pequeños propietarios (que en no pocas ocasiones dependen económicamente de las rentas obtenidas del alquiler).

Esta situación ha provocado, en nuestra historia más reciente, que la falta de disponibilidad de viviendas de alquiler haya derivado en un incremento de las rentas, con



la consiguiente precarización del mercado de alquiler, lo que ha conducido a que los potenciales arrendatarios hayan acabado acudiendo en gran medida al mercado de compraventa.

Incluso en la actual situación de crisis, aunque parece que el mercado de arrendamiento quiera repuntar, en absoluto puede decirse todavía que se trate de una alternativa real y consolidada al mercado de la compra.⁽⁴⁾

La sociedad española tiene un problema estructural pues siempre se ha mostrado reticente a acudir al mercado de arrendamiento que sin embargo tan bien funciona en países vecinos como puede ser Alemania y Holanda

Todas estas cuestiones evidencian que nos encontramos ante un problema estructural de la sociedad española, que se muestra reticente a acudir al mercado de arrendamiento que tan bien funciona en países vecinos como Alemania u Holanda.

Han sido notorios los intentos legislativos dirigidos a solucionar la falta de dinamismo y vitalidad del mercado de alquiler,⁽⁵⁾ el último es la promulgación de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que pretende dotar de seguridad jurídica a los arrendadores y dinamizar el mercado de alquiler reforzando el principio de libertad de pactos, pero interviniendo a la vez, con el fin de garantizar el equilibrio entre los derechos del arrendador y los del arrendatario.

La reforma se presenta como una solución al estado de crisis actual, ya que aspira a convertir el arrendamiento en una alternativa real y visible al mercado hipotecario para facilitar el acceso a la vivienda a aquellas personas que, hoy en día, no pueden acceder al mercado de la compraventa por falta de recursos económicos o que, por su filosofía o forma de vida, no querrían. Desde el punto de vista del arrendador, la nueva ley implica un refuerzo de su posición contractual, así como la agilización de los procedimientos judiciales encaminados a la recuperación de la finca objeto de arrendamiento.



FICHA TÉCNICA

Resumen: La reforma se presenta como una solución al estado de crisis actual, ya que aspira a convertir el arrendamiento en una alternativa real y visible al mercado hipotecario para facilitar el acceso a la vivienda a aquellas personas que, hoy en día, no pueden acceder al mercado de la compraventa por falta de recursos económicos o que, por su filosofía o forma de vida, no querrían. Desde el punto de vista del arrendador, la nueva ley implica un refuerzo de su posición contractual, así como la agilización de los procedimientos judiciales encaminados a la recuperación de la finca objeto de arrendamiento.

Palabras clave: Arrendamientos urbanos, régimen jurídico, derecho procesal.

Abstract: The reform is presented as a solution to the current state of crisis, since it aspires to make rental into a real and visible alternative to the mortgage market in order to facilitate the access to housing for persons who today cannot access the purchase market due to lack of economic resources or who, due to their philosophy or lifestyle, do not wish to. From the landlord's standpoint, the new law means a reinforcement of his contractual position, while expediting the court procedures that aim to recover the rental property.

Keywords: Urban rental, legal regime, procedural law.

No obstante, aunque fuera evidente la necesidad de una modificación de la regulación en esta materia, la cual tendiera a favorecer la entrada en el mercado de los inmuebles vacíos, no podemos dejar de advertir que el articulado de la norma, en diversas cuestiones que trata la reforma, resulta en un empeoramiento de la situación del arrendatario (reduciéndole garantías o derechos, etc.), sin que comporte un especial incentivo para el arrendador o, incluso, sin que suponga un incentivo para ninguna de las dos partes.

En este contexto, la Ley 4/2013 se estructura en torno a tres ejes principales que iremos desgranando desde el prisma del arrendador: a) desde un punto de vista del Derecho sustantivo, con la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994; b) desde un punto de vista procesal, con la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y c) con la creación de un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

II. LA REFORMA DESDE UN PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO

La primera reforma que aborda la Ley 4/2013 es la del régimen sustantivo de derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario, a través de la modificación de diversos preceptos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU).

Resulta evidente que la intención del legislador es la de reforzar la posición con-

tractual del arrendador con el fin de incentivarlo a poner en el mercado los inmuebles que pueda tener vacíos. No obstante, una lectura detenida de la norma pone de manifiesto que no todas las cuestiones que aborda han de tener necesariamente una traducción en el incentivo de los propietarios a poner sus inmuebles en el mercado de arrendamiento, mientras que sí causan un perjuicio no comparable a la posición jurídica del arrendatario.

Son diversas las modificaciones de la LAU que aparentemente tienen la finalidad de dinamizar el mercado de arrendamiento, tal y como se plantea en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013:

1) *Reformulación de las fuentes de los derechos y las obligaciones en el arrendamiento*

La primera cuestión que aborda la Ley de 2013 es la reformulación de las fuentes de los derechos y las obligaciones en el ámbito del contrato de arrendamiento de la vivienda.

En este sentido, se altera el régimen aplicable con anterioridad, de manera que se da prioridad a la voluntad de las partes «en el marco del Título II» y, supletoriamente, en aquella que dispone el Código Civil. Anteriormente, la voluntad de las partes solo se aplicaba en defecto de lo que se establecía en el Título II de la LAU.

Esta modificación viene a establecer como eje vertebrador y central de la reforma

el hecho de dotar primacía a la voluntad de las partes. Aunque esto choca con lo que se ha mantenido incólume en el artículo 6 de la LAU, dentro del Título II de la Ley, que establece que «*son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*».

Aunque se podría haber optado por una redacción más cuidadosa o bien por una modificación conjunta de los dos preceptos, tenemos que concluir que la contradicción es más aparente que real y que la intención del legislador no es otra que introducir o avanzarnos que en el Título II se han reducido las normas de Derecho necesario, de tal forma que ellas mismas permitirán que las partes puedan apartarse, lo que da prioridad a la voluntad de las partes.

2) El término mínimo del arrendamiento y de sus prórrogas

Uno de los cambios de los que más se ha hablado ha sido, sin duda, la modificación del artículo 9 de la LAU, respecto a la duración mínima del contrato de arrendamiento, que pasa a ser de tres años. Desde la reforma, si las partes pactan una duración inferior a tres años, el contrato se prorrogará obligatoriamente por el arrendador en términos anuales hasta esa duración.

Asimismo, si el arrendador y el arrendatario no comunican su voluntad de no renovar el contrato, sea a la finalización de este o de sus prórrogas, se entenderá que el contrato se prorrogará por un año más, en lugar de los tres que contemplaba la normativa anterior. Se reduce substancialmente, por tanto, el periodo mínimo al que tiene derecho el arrendatario a prorrogar el contrato.

Esta modificación, que aparentemente pretende reforzar la posición del arrendador en el contrato o, como mínimo, otorgarle una sensación de tranquilidad con respecto a la duración del arrendamiento, desde un punto de vista práctico no ha de tener necesariamente el efecto de ser un incentivo para alquilar. Incluso podríamos llegar a la conclusión de que se trata de una modificación innecesaria.

Por un lado, si el arrendatario cumple con sus obligaciones, el arrendador y el arrendatario pueden estar de acuerdo en mantener el régimen por un periodo superior. De he-

cho, el mantenimiento de los cinco años de duración mínima daba la sensación de estabilidad a las dos partes, sobre todo en los casos de las familias arrendatarias.

Además, desde la reforma se establece también la excepción *ex lege* al derecho de prórroga cuando el arrendador, una vez transcurrido el primer año de contrato, necesite la vivienda para él mismo, o bien para sus familiares en primer grado de consanguinidad o adopción, o para el cónyuge al que se haya asignado por sentencia firme de separación, nulidad o divorcio, razón por la que ya no hace falta que se prevea esta eventualidad en el contrato, sino que el arrendador podrá hacer uso de esta facultad en cualquier caso.

Incluso, en el caso de que, una vez transcurridos tres meses desde la extinción del contrato o del desalojo efectivo del inmueble, el arrendador o las personas legitimadas no hubiesen ocupado el inmueble, se añade la posibilidad de no tener que reponer al arrendatario o tenerlo que resarcir cuando la ocupación no haya tenido lugar por causa de fuerza mayor.

Por otro lado, si el arrendatario incumple, el arrendador dispone de las acciones correspondientes para poder resolver el contrato y, si es pertinente, desahuciar al arrendatario.

3) Determinación y actualización de la renta

La determinación de la renta sigue siendo a voluntad de las partes, según se establecía en el artículo 17 de la LAU.

El arrendador puede pactar la actualización de la renta desde el primer momento, esto es, adaptar la renta a sus necesidades reales o bien a las circunstancias económicas susceptibles de variar, sin limitarse por ley

No obstante, además de la reducción de términos de acuerdo con el mínimo legal, la reforma suprime la sujeción al IPC a la que iba ligada la actualización de la renta por parte del arrendador durante los primeros años de duración mínima del contrato.

Por tanto, con la reforma, las partes pueden pactar libremente y desde el primer año el método de actualización, que deberá ser de carácter anual. Únicamente en defecto de pacto se actualizará conforme al IPC.

Por otro lado, se reduce a tres años el término mínimo para que el arrendador pueda incrementar la renta por mejoras en la vivienda y en los gastos y servicios individualizables.

Esta posibilidad que se otorga ahora al arrendador de poder pactar la actualización de la renta desde el primer momento, así como de los otros gastos para el sustento de la vivienda, puede ayudar claramente a que el arrendador pueda trasladar este riesgo de incremento a los gastos del arrendatario, de forma que pueda adaptar la renta a sus necesidades reales o bien a las circunstancias económicas, que pueden variar substancialmente en términos relativamente cortos, sin limitarse por ley cuáles han de ser los valores de esta actualización.

4) Substitución de la renta por obras del arrendatario

La reforma incluye, por primera vez, una modalidad de arrendamiento que no es nueva en nuestro ordenamiento. Se trata de una especie de *tertium genus* de las modalidades de contrato de arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, plenamente aceptadas, en virtud de la libertad de pactos, pero que la jurisprudencia⁽⁶⁾ había excluido del ámbito de la aplicación de la LAU (aunque en el contrato se hubiera podido pactar la sumisión).

Concretamente, se añade un apartado 5º al artículo 17 de la LAU, que permite que las partes puedan acordar libremente, y por un periodo determinado, substituir (parcial o totalmente) la obligación de pago de la renta por el compromiso del arrendatario de llevar a cabo obras de reforma o rehabilitación de la vivienda. Una vez finalizado el arrendamiento, el arrendatario no tendrá derecho a reclamar compensación por las obras, aunque estas hubiesen costado más que la propia renta.

Además, el incumplimiento de esta obligación asumida por el arrendatario es motivo de resolución del contrato, y el arrendador puede exigir que se reponga el inmueble a su estado anterior o quedarse con las mejoras, sin derecho a compensación.



Sin duda, la idea de haber incluido esta modalidad en la regulación de los arrendamientos urbanos abre una nueva vía de concepción del contrato de arrendamiento y, bien implementada, puede comportar un gran incentivo para aquellos arrendadores que disponen de inmuebles que necesiten una rehabilitación sustancial y que, probablemente, solo les suponga un gasto, y que además no estén dispuestos a asumir más gastos en la rehabilitación o reforma del inmueble con el riesgo de que el arrendatario pueda causarle destrozos.

Una adecuada aplicación del precepto, que, sin duda, deberá partir de la base de una relación de confianza entre el arrendador y el arrendatario, de un lado, comporta que el arrendador ceda el inmueble sin tener que asumir gastos de reforma, que trasladará al arrendatario. Pero es que, además, esta posibilidad puede favorecer el interés del arrendatario, que se verá implicado en la conservación del inmueble, que podrá acondicionar a su gusto y que, incluso, puede ahorrarse el pago de los importes relativos a la renta substituyéndolos por su trabajo personal.

Además, no podemos olvidarnos de que el inmueble, acabadas las obras y una vez finalizado el contrato de arrendamiento, probablemente se habrá revalorizado, por lo que el arrendador podrá adaptar e incrementar la renta sin haber tenido que costearse el precio de las obras.

A parte del acierto de la introducción en sede de arrendamiento de viviendas de esta modalidad contractual, no podemos dejar de constatar que el legislador ha dejado escapar la oportunidad de profundizar en su regulación dando garantías a las dos partes, ya que, aunque puede dar muy buenos resultados sobre todo con respecto a las fincas antiguas, también puede perjudicar a muchos arrendadores, si finalmente las obras no son las esperadas (o esperables) o se dilatan en el tiempo. En este sentido, tampoco queda claro si estos arrendamientos están también sometidos a los términos mínimos establecidos en el caso de que no se pague la renta (tres años) y, si es así, qué pasaría si la reforma se pacta para un tiempo inferior.

5) La publicidad registral y la pérdida del derecho del arrendador

La Ley de 2013 otorga mucho protagonismo a los efectos de la inscripción del

contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, e incluso hace que de ello dependa, en muchas ocasiones, la pervivencia del contrato, al contrario de lo que sucedía con la regulación anterior. Esta es otra de las modificaciones de la LAU en la que un pretendido refuerzo de la situación del arrendador, en la práctica, lo que hace es otorgar al arrendador, de forma totalmente gratuita, unas prerrogativas en claro perjuicio del arrendatario y que no se tienen que traducir necesariamente en un incentivo para la incorporación de inmuebles al mercado.

De esta forma, por un lado, con anterioridad a la reforma, si durante los primeros cinco años de contrato el arrendador perdía el derecho sobre el inmueble para ejercer un retracto convencional, la apertura de una substitución fideicomisaria, la transmisión forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de una opción de compra, el arrendatario seguía teniendo el derecho a permanecer en el inmueble hasta agotar el periodo inicial de cinco años.

Ahora, en cambio, en cualquier momento que tenga lugar cualquiera de los hechos anteriores que hagan perder al arrendador su condición como tal, serán causa de extinción del contrato de arrendamiento, incluso durante los tres primeros años. El arrendatario solo podrá seguir durante el tiempo pactado si ha inscrito el contrato en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho ejercido.

Por otro lado, y este punto es aún más grave, el artículo 14 de la LAU, que regula la venta del inmueble por parte del arrendador, se ve modificado por completo. Antes, el adquirente de un inmueble arrendado se subrogaba en la posición del arrendador hasta que transcurrieran los cinco años de contrato, aunque concurrieran los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De hecho, se subrogaba incluso en el caso de que se pactara que la venta comportaría la resolución del contrato dentro de este periodo.

Con la reforma, el adquirente de un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo se subrogará en la posición del arrendador si el arrendamiento se ha inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca.

Todas estas modificaciones que manifiestamente benefician a la «posición arrendadora», en el sentido que los que por cualquiera de las causas descritas anteriormente adquirieran el inmueble no tendrán que mantener el contrato de arrendamiento, no implican necesariamente un incentivo para el arrendador. De hecho, con la posibilidad introducida en el artículo 14, el legislador permite que el arrendador se salte *de facto* los términos mínimos legalmente establecidos, si el arrendamiento no se inscribe.

Todo apunta a que será esto lo que pasará en la práctica, teniendo en cuenta que esta reforma de la LAU exige que el arrendatario tenga un nivel de diligencia superior



al que se le pedía hasta ahora, exigiéndole, por una parte, que prevea todas las eventualidades descritas y, por otra, que reflexione y acabe decidiendo que le conviene inscribir el contrato de arrendamiento en el Registro, muy probablemente con todos los gastos de la referida inscripción a su cargo.

6) *Subrogación en la posición del arrendatario*

Otra de las cuestiones que aborda la reforma y que es digna de mención, aunque, más que un incentivo para el arrendador, es un refuerzo con respecto a la seguridad jurídica de las dos partes, es el cambio en la regulación para los casos de sentencia de nulidad, separación o divorcio en los que se haya otorgado el uso del inmueble, de forma permanente o por un periodo superior al de la duración del contrato, al cónyuge no arrendatario.

Antes de la reforma, el cónyuge no arrendatario podía continuar usando la vivienda arrendada cuando le hubiera sido atribuida según la normativa civil. Con la reforma, este cónyuge pasará a ser el titular del contrato de arrendamiento.

Aunque esta medida no necesariamente tenga que comportar un incremento de los inmuebles que se incorporen al mercado, no podemos dejar de subrayar el acierto de la reforma, en el sentido de que el arrendador siempre tratará con el arrendatario, que ocupa el inmueble, y le podrá reclamar directamente en caso de incumplimiento, por ejemplo, sin tener que perder tiempo y recursos para buscar al arrendatario titular del contrato.

7) *Derecho de adquisición preferente y renuncia al derecho*

La modificación del régimen del derecho de adquisición preferente y, sobre todo, de la renuncia a este, constituye un claro ejemplo de la voluntad del legislador de reforzar la libertad de pactos entre las partes y, particularmente, de beneficiar la posición del arrendador, en la medida que le permite pactar el hecho de poder vender el inmueble libremente y en cualquier momento, sin la carga de tener que ofrecérselo al arrendatario, especialmente en aquellos casos en los que se quiere transmitir a una persona en concreto por su condición o relación.

En este sentido, la Ley de 2013 prevé que la renuncia pactada será efectiva en cualquier momento de la vida del contrato y no únicamente a partir de que haya transcurrido su duración mínima.

A partir de la reforma, la realización por parte del arrendatario de daños causados dolosamente o de obras no consentidas por el arrendador, cuando este consentimiento sea necesario, será causa de resolución del contrato con todos sus efectos

8) *Resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento*

Cabe aplaudir que el legislador se haya decidido a introducir en el Derecho positivo una causa de resolución del contrato que no solo la jurisprudencia menor⁷⁾ ya admitía como causa de resolución de pleno derecho del contrato, sino que, además, no tenía sentido que no estuviera recogida en el artículo 27 de la LAU.

A partir de la reforma, por tanto, queda positivado que la realización por parte del arrendatario de daños causados dolosamente o de obras no consentidas por el arrendador cuando este consentimiento sea necesario, será causa de resolución del contrato con todos sus efectos.

9) *Comunicación entre las partes*

No se puede negar que la Ley de 2013 intenta facilitar y agilizar la comunicación entre las partes del contrato. Ahora bien, desafortunadamente, y teniendo en cuenta la situación actual de las cosas, es muy probable que los resultados no sean ni puedan ser los esperados, a no ser que se confieran medios que doten de efectividad a la regulación de estas cuestiones.

Un ejemplo de esto es la introducción de la posibilidad de llevar a cabo las notificaciones que contempla la ley mediante el correo electrónico. Este cambio presenta, no obstante, un inconveniente: actualmente no hay un procedimiento de notificación a través de correo electrónico que sea fehaciente (o, por lo menos, no tiene un uso generalizado), de manera que este precepto puede ser de complicada aplicación.

10) *Resolución extrajudicial de conflictos. Procedimiento extrajudicial de cancelación de la inscripción*

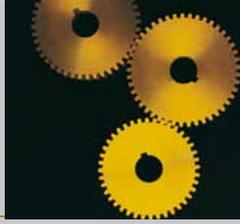
La reforma prevé, por un lado, la posibilidad de sometimiento de las partes a mediación y arbitraje. Estos métodos de resolución de controversias, muy populares en otros ámbitos, presentan una problemática de difícil solución en el caso de los arrendamientos: si el arrendatario moroso no se marcha del inmueble, eventualidad que constituye la principal preocupación del arrendador en caso de incumplimiento, el hecho de recurrir a un procedimiento de mediación y arbitraje no le solucionará el problema, ya que el arrendador tendrá que acudir igualmente al auxilio judicial para hacer efectivo su derecho.

Otra novedad que, a pesar de la buena intención del legislador no resulta de mucha utilidad práctica para el arrendador, es la introducción de un procedimiento extrajudicial de resolución del contrato y cancelación de la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.

El arrendador puede recurrir a este procedimiento en caso de que se hubiera pactado en el contrato de arrendamiento (debidamente inscrito en el Registro) que este quedará resuelto por la falta de pago de las rentas y que, consecuentemente, se tendrá que restituir inmediatamente la posesión al arrendador.

En este supuesto, la resolución de pleno derecho del contrato tendrá lugar cuando el arrendador haya requerido notarial o judicialmente al arrendatario y este, en el término de diez días, no conteste o conteste aceptando la resolución mediante el mismo Juez o Notario. De esta forma, el título aportado al procedimiento registral y el acta de requerimiento serán herramientas suficientes para que se proceda a la cancelación del arrendamiento.

Desgraciadamente, teniendo en cuenta el redactado de la ley, esta institución resulta inoperante y, de hecho, en la práctica, no está dando los resultados que cabría esperar. Esto se debe normalmente a que más que la carga del Registro de la Propiedad, el problema real de los arrendadores radica en la imposibilidad de echar al arrendatario del inmueble, hecho que requerirá que el arrendador tenga que acudir nuevamente al auxilio judicial.



A esto tenemos que añadir que en la Ley de Enjuiciamiento Civil no se prevé este procedimiento de requerimiento y no se aclara si se puede utilizar en el procedimiento de desahucio.

III. LA REFORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCEDIMENTAL

La Ley de 2013 también reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con respecto al procedimiento de desahucio. El legislador no opta por una reforma integral del procedimiento, sino que aborda una reforma puntal de aquellas cuestiones que estaban (y están) generando problemas en el desarrollo de los procedimientos de desahucio tras las últimas reformas. Con la reforma de 2013 se amplían las facultades del Secretario Judicial en la tramitación del procedimiento y se acelera el lanzamiento del inquilino en aquellos supuestos en los que no se formule oposición al requerimiento de desahucio y/o pago.

Por tanto, la reforma viene a consolidar el procedimiento de desahucio como una especie de procedimiento monitorio o cambiario: ágil, rápido y expeditivo, aunque aún regulado dentro del Título III del Libro II de la LEC, en sede del procedimiento verbal, con las especificidades para los arrendamientos de finca rústica y urbana y con unas grandes dotes de protección para el arrendador.

Cabe mencionar que la reforma de la LEC probablemente no tendrá un efecto directo en el mercado del arrendamiento, en el sentido de motivar la incorporación de inmuebles vacíos al mercado. No obstante, no podemos negar el efecto reflejo que la agilización del procedimiento de desahucio tendrá en la percepción del arrendador con respecto a la seguridad jurídica y a la existencia de mecanismos efectivos para resolver las controversias surgidas con los arrendatarios.

Por lo tanto, *a priori*, desde el prisma del arrendador, la idea de reducir el procedimiento a la mínima expresión es acertada y conveniente, ya que da respuesta a una demanda tanto de la sociedad como de los Tribunales, que habían visto como los procedimientos de desahucios se eternizaban debido a las muchas trabas procedimentales existentes. Aunque algunos de estos problemas ya se habían ido limando con las últimas modificaciones de la LEC, esta sería

la modificación que habría consolidado el procedimiento como ágil y expeditivo.

A pesar de esto, la modificación de la LEC no ha estado exenta de críticas, en muchos casos, acertadas, ya que tienen como resultado unas modificaciones necesarias pero que ya se han manifestado insuficientes, con una redacción que presenta importantes carencias e, incluso, alguna contradicción. De hecho, en ocasiones, se han realizado modificaciones que no dejan de ser estéticas y que se han olvidado de grandes temas pendientes con respecto a la problemática que presentan los procedimientos de desahucio.

1) *Modificaciones en la tramitación del procedimiento*

Desde la perspectiva del arrendador, el procedimiento de desahucio que recoge los artículos 440.3 y 440.4 de la LEC ya se había aligerado mucho en la fase inicial con las últimas modificaciones de la norma, ya que, desde el principio, se decretan todas las actuaciones que tendían al cobro de los importes pendientes y a la recuperación de la posesión del inmueble.

De esta forma, con la admisión a trámite de la demanda, el Secretario Judicial dictará un requerimiento al demandado que le otorga un término de diez días para pagar al arrendador lo que le reclama y desalojar el inmueble; consignar los importes debidos hasta la fecha de pago (enervación de la acción); oponerse al desahucio (sea porque no debe todo o parte de lo que se le reclama, sea por razones relativas a la enervación), o, si se tercia, manifestar si acepta el compromiso de abandonar el inmueble a cambio de la condonación (artículo 437 de la LEC).

La reforma responde a cuestiones que con la antigua redacción no quedaban claras y que otorgan una mayor protección y un beneficio adicional al arrendador, como, por ejemplo, la imposición de las costas al arrendatario en los procedimientos finalizados por decreto

Este requerimiento incluirá también, además de las advertencias legales por si el

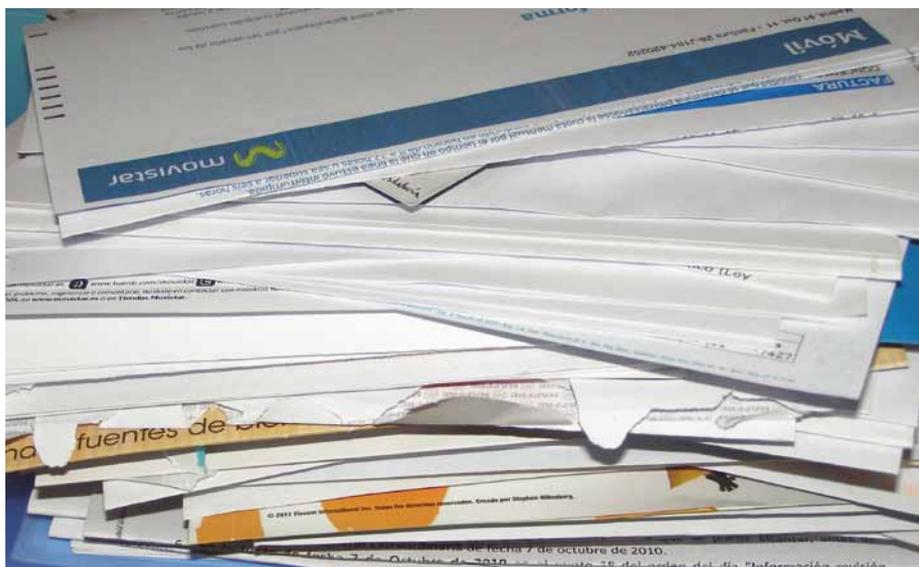
deudor no compareciera, la fecha y la hora para la celebración de la vista, por si el deudor se opusiera al mismo, así como la fecha en la que se llevará a cabo el lanzamiento, en caso contrario.

La reforma responde a cuestiones que con la antigua redacción no quedaban claras y que otorgan una mayor protección y un beneficio adicional al arrendador, como, por ejemplo, la imposición de las costas al arrendatario en los procedimientos finalizados por decreto.

Así, todos estos procedimientos que acaben con decreto por falta de oposición del demandado, haya abandonado el inmueble o no, tendrán que incluir la condena en costas al deudor. Resulta claramente acertado que se prevenga esta eventualidad, y responde a una carencia evidente del anterior redactado, ya que es normal y legítimo que sea el arrendatario quien tenga que hacerse cargo de los gastos del procedimiento, teniendo en cuenta que el arrendador se ha visto obligado a acudir al procedimiento judicial para poder recuperar su inmueble y, en su caso, los importes debidos, únicamente por causa del incumplimiento de aquel.

Resulta también acertada la posibilidad que tiene ahora el actor arrendador de solicitar que se mantenga el lanzamiento, aunque el inquilino haya abandonado voluntariamente el inmueble. Esta opción se prevé a fin y efecto de que el propietario pueda comprobar los desperfectos que pueda haber ocasionado en el inmueble el arrendatario, y así poderle reclamar, si conviene, la compensación económica correspondiente. El mantenimiento del lanzamiento, en estos casos, permite, por tanto, que el arrendador pueda dejar constancia *in situ* y de forma oficial de todos aquellos daños que le hayan podido ocasionar.

Otro de los pretendidos beneficios de la Ley de 2013 con respecto al arrendador es que, con la reforma, parece que la ejecución del lanzamiento tenga que ser automática cuando no exista oposición, lo que favorecería enormemente al arrendador. No obstante, el artículo 549.3 de la LEC únicamente exime de esta solicitud si se ha previsto en el escrito de la demanda. Por tanto, tenemos que concluir que, en todo caso, será recomendable pedirlo en el escrito de demanda, ya que, en sede de ejecución, así lo prevé el artículo 549 de la LEC. Nos encontramos, por tanto, ante una modificación



innecesaria o incompleta que, en el contexto del resto del texto legislativo, no implica ningún cambio substancial.

Una de las cuestiones que tenemos que mencionar, y que ya se abordó en la anterior reforma, es la señalización de la vista en el momento que se admite a trámite la demanda y se hace el requerimiento al demandado.

Desde un punto de vista práctico, esta señalización en el momento de la admisión a trámite (o el requerimiento) no resulta acertada, ya que se convoca a las partes a una vista que no se sabe si se celebrará, lo que ocupa, por tanto, horas en la agenda judicial, ya de por sí suficientemente llena. Esto solo provocará una sobrecarga en las agendas de los juzgados con respecto a vistas que, con muy poca probabilidad, se verán suspendidas. Habría sido mucho más adecuado rectificarlo y prever que, en los casos que hubiera habido oposición, la vista se fijara en la resolución que tuviera por opuesto al demandado, con el fin de fijarla cuando ya se supiera con certeza que tendrá lugar.

2) Las condenas del futuro

La reforma amplía a los procedimientos que acaben con decreto o interlocutoria los supuestos en los que se puede condenar al arrendatario al pago de las rentas que hayan vencido con posterioridad a la demanda y hasta la recuperación de la posesión efectiva del inmueble por parte del arrendador.

De hecho, en el caso de que no haya oposición, la Ley de 2013 prevé que el decreto condene en cualquier caso, situación que, evidentemente, beneficia al arrendador. De esta forma, resulta bastante acertado que la ley amplíe la posibilidad de condena al pago de las rentas futuras también a los supuestos en los que el procedimiento acabe con decreto.

Con respecto a esta medida, que, evidentemente, refuerza la posición del arrendador con respecto a los importes que puede reclamar, hemos de criticar que el legislador no haya tenido en cuenta que, según el artículo 220 de la LEC, será necesario que se pida esta condena en la demanda. Además, no queda claro a qué supuestos de terminación con interlocutoria se refiere el legislador.

Además de esto, también tenemos que mencionar que el precepto se olvida de otros conceptos, a parte de la renta en sí, los cuales, habiendo sido asignados al arrendatario por contrato, pueden permanecer impagados después de la demanda, como por ejemplo, los gastos de gas, agua y electricidad.

3) Régimen de notificaciones

Con respecto a las notificaciones en sede del procedimiento, se mantiene el régimen anterior, pero se añade la falta de necesidad de tener que acudir a la investigación del domicilio del arrendatario por parte del Juzgado, hecho que ha agilizado en buena medida el estancamiento de los procedimientos en aquellos casos en los que era imposible notificar debidamente al arrendatario debido a la

imposibilidad de localizarlo. Es evidente que la agilización en el régimen de notificaciones es primordial para dotar de carácter expeditivo al procedimiento, que antiguamente se eternizaba en este punto.

Eso sí, esta solución no está exenta de problemas y riesgos, sobre todo con respecto a la posible indefensión del arrendatario en el caso de que no resida habitualmente y de forma legal en el inmueble arrendado.

Por otro lado, se esclarece muy acertadamente que, en los procedimientos de reclamación de rentas acumuladas en la acción de desahucio, no se requiere la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma* que corresponda. Esta modificación resultaba necesaria, ya que la previsión anterior solo incluía los procedimientos que no acabaran con sentencia con valor de cosa juzgada, y tenemos que recordar que, con respecto a las reclamaciones de cantidad, el procedimiento tiene valor plenario.

4) Modificaciones relativas a la posibilidad de enervar el desahucio

A pesar de la apariencia de perjuicio por el cambio de término, de un mes a treinta días, que ha de esperar el arrendador para poder interponer la demanda después de la reclamación fehaciente al arrendatario moroso, teniendo en cuenta que se trata de un término prejudicial, la reforma no implica un cambio substancial respecto a la anterior regulación.

Ahora bien, el legislador ha dejado escapar la oportunidad de incorporar al corpus legal procesal un hecho sobre el que ha existido una amplia discusión en la jurisprudencia menor. Se trata del valor que se ha de otorgar al pago hecho por el deudor con posterioridad a la interposición de la demanda, pero anterior al hecho de que se le notifique el requerimiento de pago por parte del Juzgado.

De esta forma, en la jurisprudencia menor, se habían establecido dos interpretaciones en sentidos opuestos: algunos tribunales consideraban que este tipo de pago ha de tener fuerza enervadora de la acción del desahucio y, en cambio, otros interpretaban que se trataba de un simple retraso en el pago y que, como tal, no cumple los requisitos legales de la enervación, que exige el pago hasta la fecha de la enervación.



Aunque es cierto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto (por ejemplo, en la Sentencia núm. 193/2009, de 26 de marzo),⁽⁸⁾ la inclusión de este supuesto en la normativa positiva habría dotado de más seguridad jurídica a las dos partes y habría solucionado de una vez por todas las discusiones o discrepancias que pudieran surgir al respecto.

5) Reformas en el procedimiento de ejecución

La reforma equipara los efectos de la sentencia condenatoria a los del derecho por el que se pone fin al procedimiento por falta de oposición, y señala que la solicitud de ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para proceder al lanzamiento sin ningún trámite más, en el día y la hora que se hayan fijado. Este cambio da respuesta al error en el que se incurrió con el anterior redactado, debido al cual únicamente se otorgaba esta posibilidad a los procedimientos que acabasen con sentencia, teniendo que dar traslado al actor para que instara a la ejecución, en caso contrario.

A pesar de esto, hay que advertir que la confusa redacción y la falta de coordinación entre este precepto y el apartado 3 del artículo 440 de la LEC no dejan claro si en este supuesto de falta de oposición, además, se procederá al lanzamiento en cualquier caso, aunque no se haya pedido en el escrito de demanda.

Previa autorización del Secretario Judicial, para hacer efectivo el desahucio, será suficiente que esté presente un Agente Judicial con la categoría de gestor, aunque este podrá recabar la asistencia de las fuerzas de orden público

Por otro lado, se añade un párrafo al artículo 703 de la LEC, en virtud del cual, previa autorización del Secretario Judicial, para hacer efectivo el desahucio, será suficiente que esté presente un Agente Judicial con la categoría de gestor, aunque este podrá recabar la asistencia de las fuerzas de orden público.

No se puede más que aplaudir este cambio, dado que, en la práctica, la necesidad de cuatro agentes judiciales hacía

que se desaprovecharan innecesariamente recursos públicos para realizar una tarea para la que, en muchos casos, no eran necesarios. Además, esta diversificación permitirá la práctica de más desahucios en menos tiempo, lo que ayudará a agilizar las ejecuciones.

De todas formas, cabe decir que, en la práctica, a los lanzamientos asisten dos agentes judiciales como mínimo, porque generalmente las circunstancias fácticas lo requieren. A pesar de esto, la previsión legal apunta que la medida ayudará a agilizar mucho la gestión de los lanzamientos.

A pesar de esto, la Ley de 2013 deja sin resolver una cuestión que es la causante de la mayoría de las suspensiones de lanzamientos: se trata de aquellos casos en los que, para llevar a cabo el lanzamiento, se necesitan equipos de zoonosis, servicios sociales o médico forense, o en los que es necesario solicitar el descerraje. Los Tribunales son muy reticentes a acordar *ex ante* la presencia de cualquiera de estos profesionales, hecho que en la mayoría de los casos solo alarga el procedimiento de lanzamiento innecesariamente, de manera que una solución para evitar suspensiones habría podido consistir, por ejemplo, en establecer qué requisitos se tienen que dar para poder solicitar la presencia de estos profesionales desde el inicio.

Finalmente, la reforma también habría sido una buena oportunidad para ampliar la posibilidad de mantener la diligencia de lanzamiento en los casos en que el ocupante de una finca rústica la desalojara voluntariamente, en coherencia con la posibilidad que otorga el apartado 3 del artículo 440 de la LEC.

IV. LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE SENTENCIAS FIRMES DE IMPAGO DE RENTAS DE ALQUILER

El artículo 3 de la Ley de 2013 crea un registro de sentencias firmes de impago de rentas de alquiler, con la finalidad de ofrecer a los arrendadores información sobre aquellas personas que tengan antecedentes en procedimientos de desahucio por falta de pago y que hayan sido condenadas por sentencia firme o bien por laudo arbitral.

Si bien la creación de este registro puede parecer, a simple vista, una herramienta que sirva para dar seguridad a los arrendadores

para decidir si celebran un contrato con un determinado arrendatario, la creación y la regulación de este registro no están tampoco exentas de crítica.

En primer lugar, porque actualmente, más de un año después de su creación, este registro es inoperante, ya que aún no se ha aprobado el Reglamento que ha de regular su funcionamiento y parece ser que tampoco hay intención de hacerlo en un futuro cercano.

Además, aunque el mismo precepto prevea que la información que conste en este registro tendrá que cumplir con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tenemos que plantearnos hasta qué punto la inclusión de los arrendatarios en este registro no entrará en colisión. Por ejemplo, es bastante probable que se requiera el consentimiento del arrendatario incumplidor para incluir sus datos en este registro de morosos, una petición que difícilmente aceptarán por motivos evidentes.

Por otro lado, no podemos perder de vista que, en principio, no se podrán distinguir los motivos por los que habrán sido inscritos. Si tenemos en cuenta que a quien se pretende sancionar con este registro es a aquellos arrendatarios morosos que no quieren pagar, se causará un grave perjuicio a aquellas personas que no pueden pagar, un perjuicio totalmente innecesario cuando, en la mayoría de los casos, se debe a situaciones reales de necesidad, lo que solo contribuirá a una estigmatización de estas personas.

También debemos subrayar que el legislador parece olvidar que resultara muy fácil sortear la cuestión del registro solo cambiando el nombre de la persona que firma el contrato, intentando evitar el procedimiento judicial (abandonando el inmueble antes) o procurando que el titular cambie cada seis años, que es el término máximo que se puede estar inscrito, en cualquier caso.

En este sentido, hay que entender que los problemas que comportan la creación y regulación de este registro con respecto a los perjuicios causados al arrendatario, así como las prácticas que llevan a cabo los llamados *impagadores profesionales*,⁽⁹⁾ que, incluso teniendo antecedentes de impago, nunca constarán en este registro, no pueden ser comparados con los beneficios que podrá obtener el arrendador.

De hecho, todo parece indicar que el registro previsto en la Ley de 2013 difícilmente acabará sirviendo de incentivo para los arrendadores, sino que se convertirá más bien en una herramienta de sanción para los más desfavorecidos.

V. CONCLUSIÓN

Es indiscutible que la reforma de la regulación del arrendamiento de viviendas era y es necesaria y que se trata de una cuestión esencial para dar una solución efectiva a los problemas existentes en la sociedad española en materia de vivienda.

Aunque es cierto que la reforma ha dotado de una mayor seguridad jurídica al arrendador dentro del mercado del arrendamiento, es patente que los términos en los que se ha realizado la reforma suponen necesariamente un incentivo para los arrendadores, mientras que, en cambio, constituyen un claro perjuicio para el arrendatario, razón por la que se hace difícil augurar que suponga un incremento de los inmuebles incorporados al mercado inmobiliario en régimen de arrendamiento.

Con el fin de consolidar el arrendamiento como una alterativa real y viable a la compraventa y para que el mercado del arrendamiento tenga una salida efectiva, hay que crear incentivos tanto desde el lado del arrendador como del arrendatario

Tal y como apuntábamos en el inicio del presente artículo, con el fin de consolidar el arrendamiento como una alterativa real y viable a la compraventa, se tendrán que buscar soluciones estructurales que garanticen la posición y la seguridad jurídica del arrendador, pero, eso sí, en equilibrio real con los derechos del arrendatario, ya que, en definitiva, para que el mercado del arrendamiento tenga una salida efectiva, hay que crear incentivos tanto para una parte como para la otra.

Desgraciadamente, el legislador, con la reforma de 2013, se limita nuevamente a dar repuestas coyunturales a un problema estructural de la sociedad, razón por la que todo indica que, en un horizonte no muy lejano, cuando cambien las circunstancias

socioeconómicas, se pondrá de manifiesto la necesidad de revisar la norma en profundidad, teniendo en cuenta las carencias de la regulación actual.

Por otro lado, con respecto al procedimiento, sería conveniente plantearse si no se debería crear *ex novo* un procedimiento específico de desahucio, que no estuviera enmarcado dentro del juicio verbal, sino como se hizo con los procedimientos monitorio y cambiario, otorgándole una regulación unitaria, independiente, coherente y cohesionada. La experiencia demuestra que el procedimiento tiene especificidades y complejidades suficientes como para tener una regulación de estas características.

Una regulación unitaria como procedimiento especial evitaría las contradicciones que se han ido apuntando y facilitaría mucho el trabajo de todos los profesionales, además de dotar de más seguridad jurídica a las partes intervinientes, lo que facilitaría en gran medida la agilización del procedimiento, que ayudaría a evitar, por otro lado, las prácticas de los llamados *impagadores profesionales*.

Asimismo, es especialmente necesario buscar alguna medida para dar una salida a aquellas situaciones en las que los arrendatarios no es que no quieran, sino que no puedan hacer frente a las rentas, tal y como los años más crudos de la crisis económica y social que estamos viviendo han puesto de manifiesto. Como apuntamos, la creación de un registro en los términos que plantea la Ley de 2013 supone un riesgo elevadísimo de acabar estigmatizando a aquellas personas que, por razones ajenas a su voluntad, se han visto en la necesidad de dejar de pagar el alquiler, mientras que los que no quieren pagar encuentran la forma de no aparecer en el registro.

Es una realidad que el arrendamiento de viviendas no deja de ser una cuestión con difícil solución práctica, hecho que se pone de manifiesto vistas las numerosas reformas legislativas que ha sufrido el sector y la persistencia de los grandes problemas, a los que hoy en día todavía no se ha encontrado solución. Esto se debe principalmente a que, dejando a un lado los intereses particulares que pueden tener cada una de las partes intervinientes en el arrendamiento, es evidente que no dejan de entrar en una constante colisión dos derechos recogidos en la Constitución: el derecho a la propie-

dad privada y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

A pesar de esto, hay que reconocer que la reforma introduce algunas cuestiones que pueden dar buenos resultados, si se aplican adecuadamente. Para comprobarlo, no obstante, tendremos que esperar a ver cuáles son los frutos de esta nueva regulación, ya que el tiempo y la experiencia se encargarán de poner de manifiesto tanto las virtudes como las carencias de dicha regulación.

- (1) El presente artículo es fruto de la ponencia realizada en el marco de la Jornada de formación «La vivienda alquilada en época de crisis económica», organizada por la ClinHab, el 24 de octubre de 2014. No querría dejar pasar la oportunidad de manifestar mi agradecimiento, por un lado, a la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, por brindarme la oportunidad de participar tanto en la Jornada como en la publicación de este artículo, y por otro, por su inestimable ayuda en su preparación, a mi compañero y mentor Iván Mateo Borge y a Mar Villacampa Cullell, Abogada y compañera en el despacho.
- (2) Para profundizar en estos y otros datos relativos a la situación de la vivienda en España, según el censo del año 2011, puede consultarse la página web del Instituto Nacional de Estadística: http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm.
- (3) Así se desprende del *Boletín Oficial de Rehabilitación y Alquiler*, emitido por el Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, del 20 de marzo de 2013.
- (4) Hay que pensar, evidentemente, en el mercado libre de arrendamiento y no en el mercado intervenido por las administraciones públicas.
- (5) Si nos fijamos en los antecedentes legislativos en materia de arrendamiento, es decir, en la Ley de 1964, criticada por ser muy proteccionista con el arrendatario; el Real Decreto Ley del año 1985, al que se tildó de ser justo todo lo contrario, y la Ley de 1994, que pretende ser un término medio, resulta fácil apreciar que el problema de la vivienda en arrendamiento en la sociedad española es estructural y que, desgraciadamente, los diferentes legisladores se han limitado a dar respuestas coyunturales.
- (6) La jurisprudencia reservaba la modalidad de sustitución de la renta por una obligación de hacer a los arrendamientos rústicos. Por ejemplo, la Sección Cuarta



de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia de 16 de junio de 2011, establecía: «En todo caso, es también doctrina jurisprudencial pacífica que los arrendamientos ad meliorandum o ad aedificandum resultan excluidos de la legislación especial de arrendamientos urbanos, como se indica en la ya citada STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9614), con remisión a sentencias de 1 de mayo de 1976 SIC (RJ 1976, 2039); 15 de febrero (RJ 1979, 444) y 26 de marzo de 1979 (RJ 1979, 1189), y 10 de junio de 1986 (RJ 1986, 3380), expresando esta última: “Que la admisión como contratos atípicos de los arrendamientos ad meliorandum y ad aedificandum que la libertad de pacto consagrada en el artículo mil doscientos cincuenta y cinco de nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) autoriza es tema afirmativamente resuelto por reiterada jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias de quince de febrero y veintiséis de marzo de mil novecientos setenta y nueve y tres de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (RJ 1984, 1923), entre otras muy numerosas, que no solo proclaman su validez, sino también, desde un punto de vista sustantivo, que a tales arrendamientos es de aplicar la normativa contenida en el propio Código en cuanto a su regulación, quedando erradicados del ámbito de la legislación especial de arrendamientos urbanos”». Hay que aclarar que, en la modalidad de arrendamiento ad aedificandum, el propietario cede sus terrenos al arrendatario para que este edifique y disfrute de esta construcción mientras dure el contrato de arrendamiento. Por tanto, a la finalización del contrato, lo que se ha edificado pasa a ser propiedad del arrendador. En esta modalidad, la ejecución de la obra es la contraprestación por el uso de la misma, en vez de consistir en el pago de una renta. Por otro lado, en la modalidad ad meliorandum, el arrendatario se compromete a mejorar la finca objeto de arrendamiento a cambio de su uso, con lo que se substituye total o parcialmente el precio del arrendamiento.

(7) La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 489/2004, de 30 de noviembre, dispone: «El artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (bajo la rúbrica “Resolución de pleno derecho”) establece que “el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las causas previstas en las letras a), b) y e) del artículo 27.2 y por la cesión o subarriendo del local, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 32”, de modo que

es cierto que, en el ámbito de este precepto, no se comprende la causa relativa a la ejecución de obras en la finca arrendada no consentidas por el arrendador, mas ello no implica que esta última causa no opere de pleno derecho, porque el artículo 27 del mismo texto legal (bajo la rúbrica “Incumplimiento de obligaciones”), en su apartado 1, establece que “el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27)”, añadiendo el apartado 2.d) del precepto que, “además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por la realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de este sea necesario”. Es decir, si se observan ambos preceptos, puede apreciarse sin dificultad alguna que su contenido, respecto del ejercicio de las causas de resolución a las que respectivamente se refieren, es idéntico, por cuanto que los dos utilizan la expresión “podrá resolver de pleno derecho”, ya se trate de las causas previstas en el artículo 35, ya lo sea de las que contempla el artículo 27; esto es, en ambos casos, constituyen una facultad del arrendador —se emplean los términos “podrá resolver”—, y también en los dos casos dicha facultad resolutoria del vínculo contractual —si se ejercita— lo es de pleno derecho».

(8) La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009 establece lo siguiente: «[...] no cabrá desconocer que la evolución de la legislación arrendaticia urbana desde el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril (RCL 1985, 1064), sobre medidas de política económica, ha venido respondiendo a una limitación de los derechos del arrendatario en la prolongación temporal de la relación arrendaticia y, sobre todo, a un progresivo refuerzo de la tutela del arrendador frente a los incumplimientos contractuales del arrendatario [...]. Es la propia legislación arrendaticia urbana, por tanto, la que en determinadas circunstancias acaba equiparando el cumplimiento tardío por el arrendatario de su obligación de pagar la renta a un incumplimiento definitivo que justifica la resolución del contrato a instancias del arrendador».

Y también: «[...] la enervación se presenta no tanto como un derecho cuanto como una oportunidad del arrendatario de evitar el desahucio, legalmente configurada

en cada momento histórico atendiendo a razones sociales, y, de otro, que resulta difícilmente sostenible [...] que el arrendatario pueda evitar el desahucio pagando la renta debida antes de ser citado para la vista. En primer lugar, porque según la Sentencia del Pleno de los Magistrados de esta Sala de 20 de enero de 2009 (rec. 2693/03), que trata de la constitución del deudor en mora, esta comienza con la interposición de la demanda contra él y no con su emplazamiento, y, en segundo lugar, porque permitir ese comportamiento contractual del arrendatario lleva consigo el riesgo de propiciar los pagos impuntuales de la renta, debilitando correlativamente el derecho del arrendador a su pago puntual, ya que a este le resultará imposible saber con certeza si al interponer su demanda, por muy fundada que esté, va a acabar prosperando o no, pues su viabilidad no dependerá tanto de ser ciertos los hechos y pertinentes los fundamentos de derecho de la propia demanda cuanto del factor puramente aleatorio de que el arrendatario decida o no pagar antes de ser citado para la vista».

(9) No es una novedad que, en España, los procedimientos de desahucio se han disparado en los últimos años a causa de la grave crisis económica que sufre el país. Se han podido detectar dos tipos de arrendamientos morosos en estos procedimientos: los que realmente tienen problemas personales derivados de la crisis, que les hace imposible afrontar los pagos de las rentas por causas ajenas a su voluntad, y los llamados *impagadores profesionales*. Estos últimos son aquellas personas expertas en vivir de alquilar el máximo tiempo posible sin abonar las rentas aprovechando la demora de la Justicia, es decir, se dedican a jugar con los pagos aprovechando que el procedimiento de desahucio sigue siendo largo y complicado. La consecuencia de estas prácticas es que hay muchos arrendadores que se quedan casi arruinados por culpa de los arrendatarios que no pagan, como por ejemplo gente que invierte las rentas que percibe en la vivienda para pagar la hipoteca de su casa, o bien gente que se ha quedado en paro y por tal motivo estas rentas constituyen su único ingreso, etc. Por lo tanto, para poder solucionar este problema, no hay otra solución que no sea agilizar todavía más el procedimiento de desahucio, de tal forma que a los morosos profesionales ya no les salga a cuenta recurrir a este tipo de prácticas.

Del archivo digital al protocolo electrónico

Transcripción de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Cataluña, en fecha 18 de junio de 2014

Emilio Roselló Carrión
Notario de Barcelona

SUMARIO

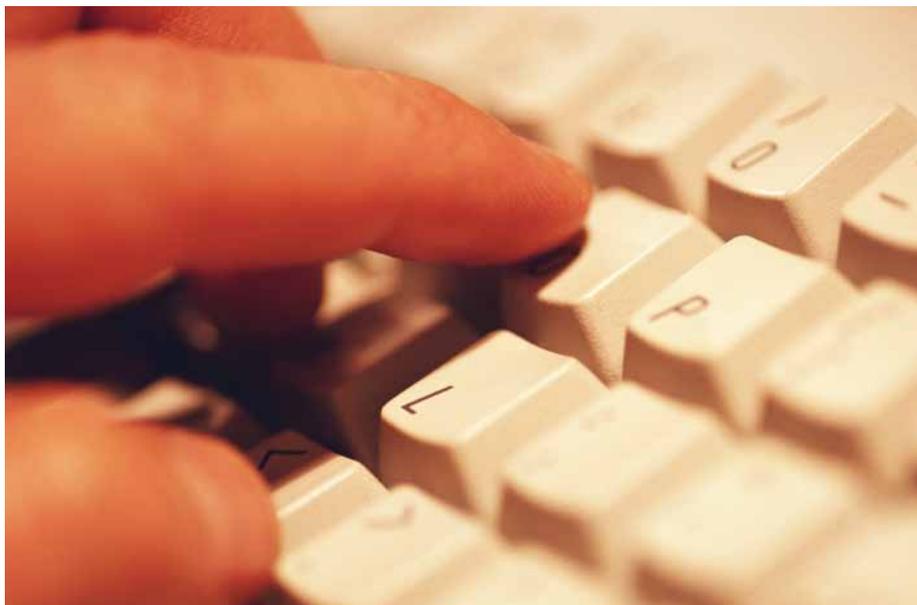
- I. INTRODUCCIÓN
- II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO
- III. EL PROTOCOLO ELECTRÓNICO NOTARIAL
- IV. CARACTERÍSTICAS DEL PROTOCOLO ELECTRÓNICO NOTARIAL

I. INTRODUCCIÓN

Como notarios, somos depositarios de una manera de hacer las cosas que responde a una larga tradición que tiene su razón de ser y que, además, funciona. Esta manera de hacer forma parte de nuestro ADN, y en ella radica en gran medida nuestro prestigio. Lógico es que no la cuestionemos.

En el ámbito de la adaptación a las nuevas tecnologías, el respeto a la tradición ha dado lugar a un uso importante pero básicamente accesorio de las mismas, para no alterar la esencia de la función notarial.

El resultado es que se han hecho importantes avances, pero poco perceptibles por el ciudadano y, seguramente, insuficientes, dado que, como veremos, no han permitido solucionar ciertos problemas endémi-



cos... Problemas que podrían solucionarse mediante un uso adecuado de las nuevas tecnologías.

En la sesión de hoy, vamos a hablar precisamente del uso que hoy hacemos de las nuevas tecnologías y del uso que podríamos hacer de las mismas.

En particular, queremos compartir reflexiones acerca de los «contenidos digita-

les» (archivos de texto y de datos) que generamos en nuestros despachos haciendo uso de las herramientas informáticas de las que estamos dotados.

Se hará un breve análisis crítico de la situación actual: qué es lo que tenemos, qué rendimiento obtenemos de ello y con qué limitaciones y problemas nos encontramos, y, a continuación, se esbozarán las líneas maestras de lo que podría ser



un planteamiento ambicioso pero realista de esta cuestión: la gestión (centralizada, veremos) de un auténtico protocolo electrónico notarial.

Queremos compartir reflexiones acerca de los «contenidos digitales» (archivos de texto y de datos) que generamos en nuestros despachos haciendo uso de las herramientas informáticas de las que estamos dotados

Veamos primero cuál es la SITUACIÓN ACTUAL en esta materia.

II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

El germen normativo del Notariado moderno data del siglo XIX: la Ley y Reglamento notariales. Desde entonces, venimos funcionando básicamente igual.

La mecanización de las notarías tiene lugar a lo largo del siglo XX y en los años 90 comienza la informatización, siempre a iniciativa de los propios notarios, que quieren fundamentalmente optimizar el proceso de generación de matrices y copias.

En este contexto, un hito fundamental, a partir del cual la informatización de los despachos pasa a ser una necesidad: la introducción del Índice Único Informatizado Notarial, del concepto de Instrumento Público electrónico de las copias electrónicas.

Por orden cronológico:

- El Índice Único comienza a remitirse en enero de 2004. Se apoya en dos disposiciones normativas: el artículo 7 del RD 1643/2000 y la OM 469/2003, de 19 de febrero.
- Luego, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, introduce el 17.bis de la Ley del Notariado, que da carta de naturaleza al Instrumento Público electrónico y regula las copias electrónicas, siendo la copia auténtica electrónica la primera manifestación del Instrumento Público electrónico.

Es de destacar que el artículo 17.bis de la Ley del Notariado da cobertura legal a una futura matriz electrónica del Instru-

FICHA TÉCNICA



Resumen: El 18 de junio de 2014 se impartió una conferencia con el objetivo de compartir reflexiones sobre los «contenidos digitales» que se generan en las notarías al hacer uso de las herramientas informáticas. Pese a lo que se ha avanzado al respecto, sigue todavía habiendo importantes limitaciones que no se han conseguido superar. Ello, no obstante, no ha de desanimar, pues caben soluciones intermedias o puntuales (necesitadas de menos esfuerzos y reformas) y, sobre todo, se ha de considerar que, en esta materia, «dejarnos llevar por la inercia de lo que siempre se ha hecho para no adaptarnos a los nuevos tiempos podría suponer nuestra perdición».

Palabras clave: Función notarial, nuevas tecnologías, protocolo electrónico notarial.

Abstract: On June 18, 2014, a meeting was held in order to share reflections on the «digital contents» that are generated in the offices of the notaries public when computerized tools are employed. In spite of the fact that there have been advances in this respect, there are still important limitations that have not been overcome. Nevertheless this should not make us lose hope, because intermediate and temporary solutions are available (that require less effort and fewer reforms) and above all we must consider that on this subject, «if we fall victim to the inertia of what has always been done and fail to adapt to the current era, this could be our undoing».

Keywords: Function of the notaries public, new technologies, electronic notarial protocol.

mento Público que reemplace incluso a la matriz física, si bien lo que regula básicamente es la copia auténtica electrónica.

En este sentido, la disposición transitoria 11.ª de la Ley del Notariado, introducida por la Ley 24/2001, reza lo siguiente:

Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas.

- Por último, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, da soporte legal al Nuevo Índice Único Informatizado Notarial, dando al artículo 17 de la Ley del Notariado su redacción actual, que sitúa claramente el Índice Único dentro del ámbito de la Fe Pública Notarial.

Sobre esta base, hoy tenemos:

1. *Contenidos digitales amparados por la Fe Pública Notarial*

Copias auténticas electrónicas e Índice Único Informatizado Notarial.

— Respecto de la **copia auténtica electrónica**, un apunte crítico: en el artículo 17.bis de la Ley del Notariado se regula la

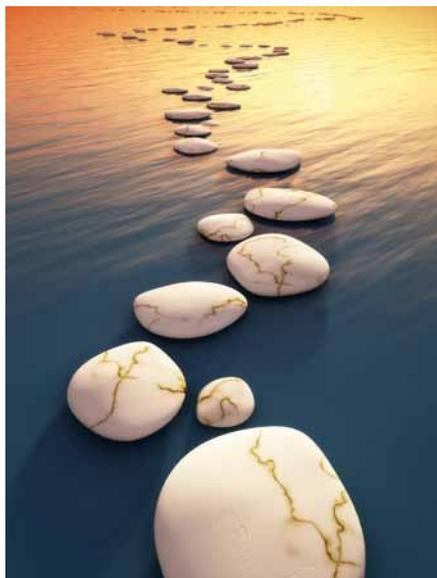
copia auténtica electrónica de manera excluyente, como un **medio de comunicar fehacientemente el contenido de un Instrumento Público entre notarías, entre notarías y registros o entre notarías y Administración Pública o Jurisdiccional**. Es decir, para el ciudadano no hay más copia auténtica que el tocho encapetado de papel timbrado, frecuentemente destrozado tras su paso por el Registro de la Propiedad o Mercantil, que trabajosamente lleva en el maletín, junto con el iPad, y que desearía haberse podido dejar en casa.

De lege data no parece que sea posible desarrollar un concepto de copia auténtica electrónica directamente «usable» por el ciudadano, si bien, como veremos, la necesidad de operar con la copia física podría suplirse de otras maneras.

— En cuanto al **Índice Único Informatizado Notarial**, se trata de una base de datos exhaustiva obtenida a partir del contenido de todos los instrumentos públicos, y su finalidad fundamental es facilitar la colaboración del Notariado con las administraciones públicas.

Presta servicio indirecto al ciudadano, pero este, básicamente, ignora su existencia.

Últimamente, su contenido se está utilizando para crear aplicaciones interesantes, como la base de datos de titulares reales o el servicio de notificación de apoderamientos a la Administración Pública.



Se observa, pues, una tendencia en el sentido de aprovechar el Índice Único para algo más que para informar al Gran Hermano del contenido de los instrumentos públicos, pero, de momento, tenemos esta formidable base de datos muy desaprovechada.

2. Fuera del ámbito de la Fe Pública Notarial

Fuera de dicho ámbito encontramos otros contenidos digitales que conforman lo que voy a llamar *archivo digital*. A saber:

- **Los archivos digitales de las escrituras y actas en la fase previa a la firma.** Documentos, generalmente en formato Word, a partir de los cuales se imprime una escritura o acta matriz para su firma.
- **La «matriz electrónica» o «protocolo electrónico».** Manera impropia (porque si no hay Fe Pública, no hay «matriz», en sentido notarial, ni «protocolo») de referirse al documento en formato digital (en Word) con documentos unidos, en su caso, también en formato digital (PDF, por ejemplo), a partir del cual obtenemos las copias del Instrumento Público, sean físicas o electrónicas, auténticas o simples. Es decir, el mismo archivo digital una vez firmada la matriz de la escritura, acta o póliza.

Su importancia es fundamental, por su relevancia práctica y, sobre todo, por

que **constituyen una réplica exacta de la escritura, acta o póliza matriz**, siendo por ello su contenido extraordinariamente sensible.

- Por último, fuera también del ámbito de la Fe Pública Notarial, encontramos **la base de datos informática** que en cada Notaría aparece indefectiblemente vinculada al protocolo reciente, esto es, a los instrumentos públicos generados ya en la era digital, señaladamente, tras la entrada en vigor del Índice Único, en el 2004.

Base de datos de sujetos (personas físicas y jurídicas); de objetos (sociedades, en su condición de objeto de derecho, y fincas); base de datos de intervenciones de personas jurídicas, de clientes (con datos de contacto), etc.

Esta base de datos nos permite gestionar con eficacia nuestro archivo digital, es decir, nuestros instrumentos públicos creados en la era digital, de manera que, por ejemplo, basta contar con un DNI o un CIF para localizar todos los instrumentos públicos relativos a una persona o sociedad en apenas segundos, cuando, en el caso de los instrumentos públicos más antiguos, necesitamos al menos el año de otorgamiento, para luego poder buscar en los índices físicos del protocolo ordinario.

Ya hemos visto en qué consiste hoy el archivo digital y qué utilidad obtenemos de él.

Veamos ahora brevemente **qué limitaciones tiene y qué problemas plantea:**

1. Diversidad de formatos y de contenido, consecuencia de la variedad de programas informáticos que se utilizan.

Así, los archivos de texto se generan en formato Word, pero con distintas variantes, según el programa, y los documentos unidos pueden generarse en PDF, JPG, TIFF u otros formatos de imagen.

Y el contenido de la base de datos ligada al archivo digital es distinto, según el programa: hay programas diseñados para facilitar la exportación de datos al Índice Único que manejan bases de datos que prácticamente reproducen el contenido del Índice y otros, no tan optimizados en este sentido, que generan bases de datos más pequeñas.

2. A consecuencia de esta diversidad de formatos y contenido, **el archivo digital puede ver su integridad comprometida en caso de cambio de programa**, en particular, si es consecuencia de cambiar la Notaría de titular y, más aún, en el caso de existir un depositario intermedio del protocolo.

El Notario titular de un protocolo debe hacer entrega del archivo digital al Notario sucesor, incluyéndose en la entrega tanto las «matrices informáticas», con sus documentos unidos, como la base de datos vinculada a dichas «matrices informáticas»

De acuerdo con la Circular 1/2004 del Consejo General del Notariado y el artículo 32 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio Notarial de Cataluña, el Notario titular de un protocolo debe hacer entrega del archivo digital al Notario sucesor, incluyéndose en la entrega tanto las «matrices informáticas», con sus documentos unidos, como la base de datos vinculada a dichas «matrices informáticas».

Ciertos contenidos de la base de datos, como datos de contacto de clientes o antecedentes de sociedades, es discutible que deban entregarse, por estar más bien vinculados al fondo de comercio del Notario saliente, y a ello parece referirse la Circular cuando habla de «*soportes informatizados que el Notario cesante pueda conservar en su poder, los cuales deberán respetar la normativa sobre protección de datos*».

Pero el problema, sobre todo, viene determinado por las **diferencias de formato de los archivos de texto, imagen y base de datos** que comentábamos: y es que de poco le sirve al Notario sucesor que se le entregue íntegro el archivo digital, si luego el programa con el que ha decidido gestionarlo no resulta 100 % compatible con el mismo.

Así, en la práctica, perfectamente puede ocurrir que uno acabe teniendo del antecesor poco más que una carpeta en el PC con las «matrices digitales», posiblemente incluso sin documentos unidos, que tendrá que escanear de los tomos del protocolo, previa su fotocopia, y poco o nada de la base de datos.



Es decir, por culpa de la diversidad de formatos, el archivo digital, en estos casos, puede ver comprometida su integridad y acabar por perder su utilidad.

3. Conservación y custodia del archivo digital.

También resulta problemática la **custodia del archivo digital**, es decir, su conservación y la preservación del carácter secreto de su contenido.

La principal garantía contra la sustracción del protocolo físico viene determinada por su contundente consistencia física y, además, las medidas para proveer su custodia son de sentido común: una puerta blindada, una alarma antirrobo...

En cambio, el archivo digital no pesa nada y no tenemos ni idea de cómo protegerlo. Además, al no ser «protocolo», tampoco nos preocupamos por ello.

En la práctica, no solo no tomamos medidas para la custodia del archivo digital, sino que exponemos temerariamente su contenido, facilitando incluso accesos remotos de baja seguridad por parte de nuestros proveedores informáticos o de nuestros oficiales, «para que puedan trabajar desde casa», de manera que nuestro archivo digital puede resultar visible desde fuera del despacho e incluso con la Notaría cerrada.

Tampoco parece demasiado adecuado, desde el punto de vista de la seguridad, que las «matrices digitales», reproducción fiel de las matrices físicas a partir de las cuales se obtienen las copias simples y auténticas, estén redactadas en un formato digital editable (el formato de texto Word), que hace posible que quien tenga acceso a su contenido pueda fácilmente modificar dicho contenido.

4. Facilidad de gestión limitada.

Otra importante limitación, posiblemente la más importante, del archivo digital es la relativa a la facilidad de gestión del protocolo que hace posible y que antes comentábamos.

Como decíamos, el archivo digital y, en particular, la base de datos vinculada al mismo nos permiten gestionar con eficacia nuestro protocolo reciente.

No obstante, **esta facilidad de gestión se limita al ámbito propio de cada Nota-**

ría. En ella, hasta donde llegue cronológicamente la informatización, será posible encontrar el documento solicitado contando apenas con algún dato relevante relativo al mismo, como un DNI o un CIF, una denominación social o un nombre completo de persona física, una referencia catastral o un número de finca registral.

En cambio, fuera del ámbito propio de cada Notaría, resulta sencillamente imposible encontrar un documento notarial: o el ciudadano interesado sabe la Notaría donde se autorizó el acto o negocio documentado, o no podrá acceder a la copia del mismo.

Obviamente, son excepción a esta regla los documentos sujetos a inscripción en registros públicos, pero ni todos los instrumentos públicos están sujetos a inscripción, ni todos los que lo están se inscriben. Además, no tiene demasiado sentido que, pudiendo proveer el propio Notariado los medios para hacer posible, incluso en estos casos, la localización del documento notarial, haya que recurrir a un registro público para localizarlo.

Por último, en el actual estado de cosas...

5. Los archivos digitales son compartimentos estancos.

El contenido del archivo digital de cada Notaría, como el del protocolo físico de la misma, no es «visible» desde otra Notaría.

Pensemos en varios supuestos:

- Poder revocado en una Notaría que pretende utilizarse en otra.
- Doble venta de finca no inmatriculada o de participaciones sociales.
- Herencia o acta de herederos y posterior intento de suplantación de la personalidad del difunto en otra Notaría.

En todos estos casos, tenemos un hecho relevante del que ha quedado constancia fehaciente a consecuencia de un otorgamiento notarial, seguido de otro otorgamiento notarial respecto del cual ese hecho relevante tiene carácter obstativo.

Lo deseable, en aras de la seguridad jurídica preventiva, es que en estas hipótesis exista comunicación entre las notarías, al

objeto de evitar que el segundo otorgamiento tenga lugar.

El protocolo físico no puede proveer esta necesidad; el archivo digital, tampoco, porque no está amparado por la Fe Pública, pero sí un eventual futuro protocolo electrónico amparado por la Fe Pública Notarial.

Lo que nos lleva ya a examinar...

III. EL PROTOCOLO ELECTRÓNICO NOTARIAL

El artículo 17 de la Ley del Notariado define el *protocolo* como «la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, que se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso».

Y, como decíamos, el artículo 17.bis da carta de naturaleza al Instrumento Público electrónico.

Instrumento Público electrónico es aquel que reúne todos los requisitos esenciales del Instrumento Público (dación de fe de identidad, juicio de capacidad y legitimación y control de legalidad), pero que ha sido autorizado por el Notario en soporte electrónico.

En rigor, el Instrumento Público electrónico está desprovisto de soporte papel.

Como decíamos, su única manifestación es la copia auténtica electrónica, en tanto que la matriz electrónica no existe todavía.

Es necesario un período intermedio de convivencia entre el formato papel y el formato electrónico en que el contenido de uno sea fiel reflejo del contenido del otro y ambos conserven su integridad.

Pues bien, el protocolo electrónico, en cuanto colección ordenada de matrices electrónicas desprovistas de soporte papel, no parece razonable que deba existir, al menos de momento.

Prescindir del soporte papel generaría grandes riesgos y no tantas ventajas.

Otra cosa es que, con el tiempo, el soporte papel vaya perdiendo relevancia en favor del soporte electrónico, hasta llegar, si no a su desaparición, sí a su marginación en forma de resumen en formato papel del contenido del Instrumento Público al cual

pueda recurrirse en el supuesto extremo de perderse el soporte informático.

Pero, para llegar a esto, es necesario un período intermedio de convivencia entre el formato papel y el formato electrónico en que el contenido de uno sea fiel reflejo del contenido del otro y ambos conserven su integridad.

Se propone, pues, la creación, a partir del actual archivo digital, de un auténtico protocolo electrónico notarial, amparado por la Fe Pública Notarial e integrado por la versión informática de todos y cada uno de los instrumentos públicos autorizados o intervenidos en cada Notaría.

¿Con qué respaldo legal podemos dotarnos de este protocolo electrónico notarial?

Con el que proporciona el artículo 17.bis de la Ley del Notariado, el cual no excluye en absoluto la posible coexistencia del Instrumento Público físico con el Instrumento Público electrónico.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL PROTOCOLO ELECTRÓNICO NOTARIAL

- Generación de la matriz electrónica, una vez firmada la matriz física, como fiel reflejo de la misma en formato digital.



- Formato idéntico en todas las notarías. Adiós a los problemas de compatibilidad.
- Modificación reglada, como si de una matriz física se tratase, pero con regulación adaptada a la naturaleza electrónica del documento.
- Formato de imagen, no fácilmente editable (por ejemplo, PDF).
- Y provisión de medidas de seguridad del más alto nivel que la técnica permita en cada momento.

Hasta aquí, nada del otro mundo: lo que ya tenemos, con algunos cambios de formato, Fe Pública Notarial (eso sí) y algún que otro engorro, como lo del formato no editable o lo de la modificación reglada.

Se resuelve el problema de la diversidad de formatos y del déficit de seguridad, pero decíamos que la principal limitación del archivo digital es la relativa a la facilidad de gestión del protocolo, que hace posible, pero que queda limitada al ámbito propio de cada Notaría.

¿Cómo salvar esta importante limitación?

Mediante la creación del **Protocolo Único Informatizado Notarial**.

Es decir, extrayendo de las notarías el protocolo electrónico para alojarlo de forma centralizada, juntamente con los demás protocolos electrónicos de todas las notarías del Estado, en un único servidor externo, bajo estrictas medidas de seguridad y encomendando su gestión a un órgano centralizado dependiente del Consejo General del Notariado, de composición estrictamente notarial.

CARACTERÍSTICAS DEL PROTOCOLO ÚNICO INFORMATIZADO NOTARIAL:

- **Integración de todos los protocolos electrónicos de todas las notarías del Estado en un único cuerpo.** Aparentemente, no hay obstáculo legal: la titularidad del protocolo corresponde al Estado y el Notario es simple custodio de la parte del mismo asignada a su Notaría.
- **Completa indexación del contenido del protocolo electrónico unificado, utilizando para ello la exhaustiva base de datos que proporciona el Índice**

Único. Es decir: utilización del contenido del Índice Único a fin de gestionar el Protocolo Único Informatizado Notarial con la mayor eficiencia y agilidad, de suerte que puedan obtenerse, en la búsqueda de instrumentos públicos, los mismos resultados que en las notarías más eficientemente informatizadas (aquellas que cuentan con las bases de datos más completas).

- **Centralización de las solicitudes de copias.** Sin perjuicio de la posibilidad de que el ciudadano se dirija directamente a la Notaría correspondiente, posibilidad de dirigir *online* la solicitud de copia al órgano centralizado encargado de la gestión del Protocolo Único Informatizado Notarial.

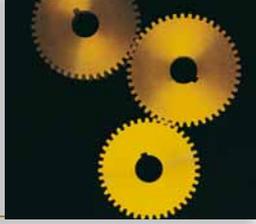
En el caso de las copias auténticas, el órgano centralizado podría limitarse a localizar el Instrumento Público (importantísimo) y a remitir *online* la solicitud al Notario autorizante o custodio del protocolo físico.

En el caso de las copias simples, el órgano centralizado podría atender directamente la solicitud remitiendo *online* la copia solicitada.

Y, en el caso de solicitud de copias por las administraciones públicas, el órgano centralizado podría atender también directamente las solicitudes, tanto de copias simples como de copias auténticas, habida cuenta del interés público en presencia y de la mejora en términos de cooperación del Notariado con dichas administraciones públicas que este sistema podría suponer.

En todo caso, la apreciación por parte del órgano centralizado o del Notario destinatario de la solicitud de copia, del interés legítimo en el solicitante, que le permita obtener la copia solicitada exigirá la utilización, por parte de este, de un DNI electrónico, dotado de firma electrónica.

- **Posibilidad de suministrar información extractada.** Es decir, a instancias de persona con interés legítimo, posibilidad de que el órgano centralizado remita una relación ordenada de instrumentos públicos, con los datos identificativos de cada uno de ellos.



Por ejemplo, relación de todas las escrituras y pólizas otorgadas por una sociedad a lo largo de toda su vida jurídica, o relación de todas las escrituras otorgadas relativas a una finca de que el interesado solicitante sea propietario, con perfecta identificación de todos los instrumentos públicos relacionados, de manera que el interesado pueda fácilmente pedir copia de los mismos a través del propio órgano centralizado o, directamente, en la Notaría depositaria del protocolo físico.

Esto supone un cierto solapamiento con el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, pero hay que tener en cuenta que no todos los actos jurídicos están sujetos a inscripción, ni todos los actos inscribibles se inscriben, y que una cosa es la oponibilidad a terceros de los actos y derechos sujetos a inscripción y otra diferente el derecho de los ciudadanos de acceder al contenido de aquellos instrumentos públicos respecto de los cuales tienen legítimo interés.

- **Facilidad de acceso al contenido del Protocolo Único Informatizado Notarial por parte de los notarios** que en el ejercicio de su función actúen por cuenta de un tercero interesado, de manera que los protocolos notariales dejen de ser compartimentos estancos.

Esto supone:

- Posibilidad de obtener directamente desde la Notaría la información extractada que sea de interés en relación con un determinado expediente notarial.
- Presunción de interés legítimo para la obtención de copias auténticas electrónicas a través del órgano centralizado.
- Obtención directa de copias simples.
- E incluso el establecimiento de un **sistema de alertas** en virtud del cual el Notario que dé de alta en su sistema informático un determinado expediente respecto del cual exista en el PUI in-

formación relevante tenga constancia inmediata de la existencia de dicha información.

Por ejemplo, en una Notaría se va a otorgar una escritura haciéndose uso de un poder y, al introducir el DNI del apoderado, se nos advierte de que el poder ha sido revocado en otra Notaría. O bien nos disponemos a autorizar la venta de una finca y se nos advierte de la existencia de actos de disposición o gravamen previos, relativos a la misma, otorgados en otras notarías.

Una interesante posibilidad es que determinadas escrituras lleven aparejado un testimonio parcial electrónico de su contenido al que los notarios podamos acceder de forma inmediata, sin necesidad de pedir copia, para conocer, de forma fehaciente, su contenido esencial

- Otra interesante posibilidad es **que determinadas escrituras lleven aparejado un testimonio parcial electrónico de su contenido** al que los notarios podamos acceder de forma inmediata, sin necesidad de pedir copia, para conocer, de forma fehaciente, su contenido esencial. Esto resultaría especialmente útil respecto de aquellas escrituras de donde resulten cargos representativos y, en especial, para las de nombramiento de administradores cuya inscripción en el Registro Mercantil se haya gestionado desde la Notaría: una vez comprobada la inscripción, podría asociarse a la matriz electrónica un testimonio parcial electrónico de su contenido de donde resultasen los datos esenciales de la escritura: modalidad de administración, identidad del administrador o de los administradores, duración del cargo y datos de inscripción. De esta manera, mediante el rápido acceso a esta información extractada, amparada

por la Fe Pública, evitamos, al menos en sede notarial, que tenga que recurrirse a la copia auténtica física de la escritura con sello del Registro Mercantil, la cual resulta engorrosa y, además, no ofrece una completa seguridad, pues su exhibición no garantiza la inexistencia de escrituras posteriores que desmientan su contenido.

Hasta aquí las líneas maestras de esta propuesta de Protocolo Único Informatizado Notarial.

Algunas de las novedades que supondría soy consciente de que requerirían, cuanto menos, de un desarrollo reglamentario difícil de conseguir. Otras, sin embargo, son factibles *de lege data*.

Por otra parte, aspectos tales como la custodia y la gestión compartida de nuestros protocolos o las facilidades de acceso al Protocolo Único por parte de todos los notarios quizá supongan una herejía para algunos de vosotros.

Pero lo que creo que es importante es que se plantee el debate.

Pese a lo que hemos avanzado en materia de nuevas tecnologías, en la prestación de la función notarial sigue habiendo importantes limitaciones que no hemos conseguido superar: una gestión deficiente del contenido de nuestros protocolos y tradicionales, pero no por ello aceptables, lagunas de seguridad jurídica, consecuencia, en ambos casos, de la fragmentación y estanqueidad de los protocolos y del limitado servicio que nos presta el Índice Único.

La solución está a nuestro alcance.

Caben, además, soluciones intermedias o puntuales, necesitadas de menos esfuerzos y reformas.

Lo que no debemos es, en esta materia, dejarnos llevar por la inercia de lo que siempre se ha hecho, pues no adaptarnos a los nuevos tiempos podría suponer nuestra pérdida.

La vivienda arrendada en época de crisis económica

Jornada de formación. ClinHab (24 de octubre de 2014)

Josep M. Jiménez Villanueva

Graduado en Derecho

Universitat de Barcelona. Colaborador de ClinHab

El pasado 24 de octubre tuvo lugar, en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona (UB), la Jornada «La vivienda alquilada en época de crisis económica», organizada por la Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial (ClinHab) y coordinada por la Prof. Esther Arroyo Amayuelas (UB), que, con un propósito eminentemente práctico, pretendía dar a conocer a los particulares y a los técnicos de la vivienda con los que ClinHab colabora habitualmente, las novedades que incorpora la reforma de la Ley 29/1994, de 4 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*, operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Vivienda* (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013). Las ponencias, organizadas en tres bloques temáticos (visión general de la reforma; arrendamientos y Registro de la Propiedad, y mecanismos de solución de controversias), estuvieron precedidas por una presentación muy ilustrativa por parte de representantes de la Generalitat (Carles Sala, Secretario De Vivienda y Mejora Urbana) y del Ayuntamiento (Antoni Sorolla, Gerente Adjunto de Vivienda), sobre las medidas de protección social que se están adoptando cuando la vivienda está en riesgo.

Dentro del primer bloque temático, dedicado a la valoración global de la reforma, la primera ponencia, a cargo del Prof. Carlos Gómez Ligüerre (UPF), tenía por objeto



un análisis económico de la norma. El ponente destacó que las reglas de la oferta y de la demanda, que presuponen que todo el mercado tiende a un precio de equilibrio cuando se encuentran, no tienen una aplicación exacta en materia de arrendamientos urbanos. Con la reforma se pretendía una dinamización y una flexibilización del mercado de alquiler que facilitara la

incorporación al mercado de los pisos ya construidos y, consiguientemente, cabe presuponer que el incremento de la oferta supusiera una reducción de la renta. Las reformas que tienden a fortalecer la posición arrendadora (reducción de la prórroga forzosa de cinco a tres años, aceleración del régimen procesal de desahucio; creación de un registro de sentencias por impago



de rentas; posibilidad de pagar parte de la renta con obras en la vivienda arrendada) habrían sido concebidas para facilitar la entrada al mercado de estos activos. El problema es que todas estas medidas van en detrimento de los derechos del arrendatario y, por tanto, en la práctica, se deberá comprobar si son suficientemente eficaces para alcanzar la finalidad pretendida. A analizar los incentivos de la reforma, tanto para el arrendador como para el arrendatario, se dedicaron sendas ponencias del Abogado Ramon Romeu Cònsul (Mone-reo, Meyer, Marinello Abogados) y de la Magistrada-Jueza M. Teresa Mingot Felip (Juzgado núm. 1 de Calahorra). El primero, cuya ponencia se publica en este número de *La Notaria*, destacó que determinadas medidas que la ley presenta como ventajas para el arrendador no lo son en realidad (así, el carácter dispositivo de las normas es más aparente que real; el régimen fehaciente de comunicaciones electrónicas no es practicable; la regulación sobre la condición resolutoria es inútil, igual que el registro de morosos, que, además, puede chocar con la regulación de protección de datos), y lamentó que el procedimiento de desahucio no hubiera sido objeto de una regulación propia y específica, así como que algunos problemas prácticos no hubieran sido abordados en la reforma (por ejemplo, el pago después de la demanda y antes del requerimiento, ¿puede enervar el desahucio?). A pesar de esto, aplaudió determinados cambios, como la supresión del tanteo y del retracto, que entendía que eran una carga para el inmueble que dificultaba la alienación. Entre los incentivos para el arrendatario, Mingot apenas pudo destacar el reconocimiento del derecho de desistimiento, la posibilidad de pagar parte de la renta haciendo obras en el piso o la posibilidad de tener en cuenta la edad del arrendatario para poder hacer reformas de adecuación de la vivienda adaptadas a su condición física o a la del cónyuge o pareja y los familiares que convivan. La ponente denunció defectos de técnica legislativa (por ejemplo, literalmente interpretada, la expresión «*prórrogas legales*» del art. 10 LAU impediría la tácita reconducción del art. 1566 CC). A pesar de no considerarlo un beneficio para el arrendatario, sino para el cónyuge, Mingot encontró acertada la regla que ahora permite subrogarse en el contrato con las condiciones previstas en el precepto al cónyuge divorciado/separado a quien el Juez haya atribuido el uso. También destacó que una mayor auto-

FICHA TÉCNICA

Resumen: Reseña de la jornada que el 24 de octubre tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona (UB), sobre «La vivienda alquilada en época de crisis económica». Con un propósito eminentemente práctico, pretendía dar a conocer a los particulares y a los técnicos de la vivienda, las novedades que incorpora la reforma de la Ley 29/1994, de 4 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Vivienda.

Palabras clave: Arrendamientos urbanos, Reforma del mercado de alquiler, derecho procesal.

Abstract: Overview of the session that took place on October 24 at the Law School of the University of Barcelona (UB), concerning «Rental housing in an age of economic crisis». The very practical purpose of this session was to inform individuals and housing specialists about the new developments incorporated into the reform of Law 29/1994, of November 4, concerning urban rentals, which was brought about by Law 4/2013, of June 4, concerning Measures of Relaxation and Promotion of the Rental Housing Market.

Keywords: Urban rentals, Reform of the rental market, procedural law.

mía de la voluntad puede mejorar la capacidad de negociación del arrendatario, que podrá negociar una renta más baja, pero a cambio de renunciar a determinados derechos, ahora dispositivos.

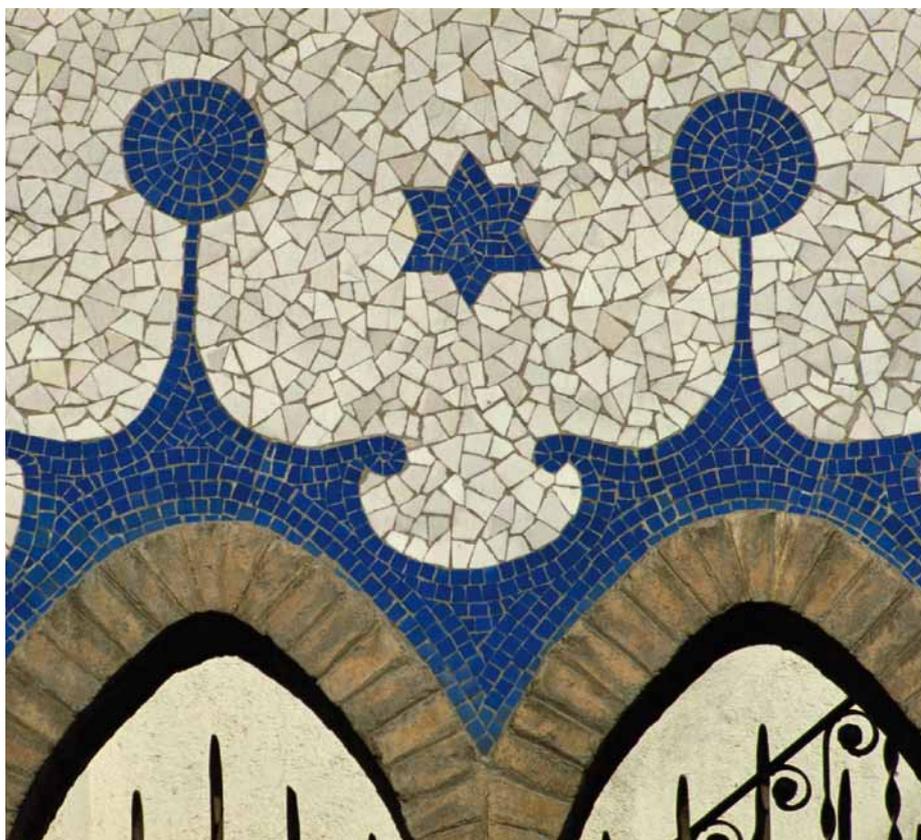
Las reglas de la oferta y de la demanda, que presuponen que todo el mercado tiende a un precio de equilibrio cuando se encuentran, no tienen una aplicación exacta en materia de arrendamientos urbanos

Un segundo bloque temático se dedicó a los arrendamientos y al Registro de la Propiedad. Intervinieron José Luis Valle Muñoz, Antonio Longo Martínez y Esther Arroyo Amayuelas. Todos ofrecieron una visión muy crítica y estuvieron de acuerdo en la tesis del Registrador de la Propiedad José Luis Valle (Vilanova i la Geltrú), que explicó que si los arrendamientos no se inscribían es porque los costes superan los beneficios. Efectivamente, de acuerdo con el ponente, la corta duración de los contratos de arrendamiento, las previsiones legales que permiten la resolución del contrato antes del cumplimiento del término (arts. 13.1 y 9.3 LAU), el hecho de que la existencia de un arrendamiento inscrito dificulte el acceso al crédito o la posibilidad de vender un inmueble, y los costes derivados de los aranceles notariales y registrales, así como los impuestos,

pronostican un bajo, por no decir nulo, acceso de los arrendamientos al Registro. Valle también pone de manifiesto su negativa a admitir cargas posteriores al arrendamiento inscrito, como por ejemplo embargos o hipotecas, e hizo una interpretación correctora de la ley en este punto. Por su parte, el Notario Longo (Barcelona), a través de una conferencia muy técnica pero a la vez muy clara y exquisitamente estructurada, analizó al detalle la normativa de los arrendamientos *a non domino*. Finalmente, la Dra. Arroyo criticó especialmente el desacierto de la regulación sobre la condición resolutoria y, en particular, se preguntó por qué la fianza no se podía poner a disposición del arrendador y/o quién fuera el Registrador para decidir el mejor derecho de los titulares posteriores de cargas para apropiársela.

La mediación supone no solo ahorro en tiempo y dinero, sino, además se destaca por el alto grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos con una solución acordada voluntariamente

La tercera parte de la Jornada estuvo dedicada a la gestión de los conflictos con la vivienda de alquiler. La Dra. Isabel Viola Demestre (UB), especialista en mediación, destacó los beneficios de esta técnica no solo por el ahorro de tiempo y dinero que



implica, sino, sobre todo, porque la solución acordada voluntariamente supone un alto grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos. Por su parte, el Dr. Lluís Caballol Angelats (UB) analizó la viabilidad del procedimiento arbitral. De entrada, criticó que el legislador no hubiera definido qué materias específicas de la LAU pueden someterse a arbitraje, dejando que se mantenga la incerteza previa a la reforma; además, dudó de que el arbitraje de equidad pudiera aplicarse cuando las normas son imperativas. A pesar de destacar el «bajo» coste de este procedimiento, advirtió que no se tenía

que menospreciar los gastos de Abogado, los costes derivados del procedimiento de ejecución y la imposibilidad de acogerse a asistencia jurídica gratuita. Finalmente, Cristina Maestre Fuentes, desde su función de Secretaria Judicial (Barcelona), destacó las bondades de la nueva regulación del procedimiento de desahucio, pero, especialmente, puso el acento en las carencias. Un proceso de desahucio por impago de rentas tiene una duración aproximada de cinco meses naturales, y esto se debe a una regulación desfasada y obsoleta referente a las actas de comunicación y requerimiento, además de la

endémica saturación de la Oficina Judicial. Según Maestre, esto pone al arrendador en una situación muy complicada, ya que, además de no percibir las rentas, tiene que interponer una demanda con Abogado y Procurador, hacer una provisión de fondos, pagar las tasas judiciales (estatales y autonómicas) y hacer frente a otros numerosos gastos (de cerrajero, rehabilitación de la finca, suministros impagados). La situación para el arrendatario no es mucho mejor, ya que el desahucio se vive con una gran angustia. La ponente destacó la necesidad de adoptar medidas coordinadas que minimicen el impacto social de estos procesos. Su ponencia se publica en las páginas de este número de la revista y, en ellas, el lector encontrará una serie de recomendaciones que tratan de remediar las carencias actuales del procedimiento de desahucio.

Un proceso de desahucio por impago de rentas tiene una duración aproximada de cinco meses naturales, y esto se debe a una regulación desfasada y obsoleta referente a las actas de comunicación y requerimiento, además de la endémica saturación de la Oficina Judicial

La numerosa asistencia de público fue la prueba palpable del interés que suscitó una Jornada en la que teoría y práctica del Derecho iban de la mano, y es indicativa del éxito que tuvo.

Los documentos públicos y el certificado sucesorio europeo en el Reglamento 650/2012

Pedro Carrión García de Parada
 Notario de Reus

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS
- III. CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS (ART. 59 DEL REGLAMENTO)
- IV. PASAPORTE SUCESORIO

I. INTRODUCCIÓN

A partir del próximo 17 de agosto de 2015, el régimen de las sucesiones internacionales, o sea, de aquellas que presentan un elemento transfronterizo que las vincula con órganos jurisdiccionales o leyes de diferentes estados, sufrirá un cambio importante. Por primera vez, prácticamente la totalidad de los estados que integran la UE (excepto Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) aplicará unas **normas comunes de Derecho Internacional Privado** a las sucesiones internacionales.

Ese **cambio**, sin duda alguna, será **a mejor**, porque facilitará el trabajo de las personas que tratamos con dichas sucesiones.

Hasta esa fecha, cada Estado, en uso de su autonomía legislativa, resuelve como mejor cree las cuestiones que afectan a las

sucesiones internacionales, como la de determinar:

- Qué órganos jurisdiccionales son competentes para resolver los conflictos planteados en torno a la sucesión.
- Cuál es la ley por la que se debe regir la sucesión.
- O cuáles son los documentos que se necesitan, como también si los que se presenten serán o no reconocidos o aceptados y con qué condiciones.

El hecho de que cada Estado haya venido dando una respuesta diferente a cada uno de estos tres temas ha supuesto un **auténtico caos**, del que solo se puede salir en la esfera extrajudicial de forma consensuada y:

- O conociendo muy bien las diferentes legislaciones en juego para acabar con una solución reconocible en los diferentes estados afectados.
- O limitándose a resolver la cuestión Estado por Estado, aplicando en cada uno de ellos su propia solución nacional,



FICHA TÉCNICA



Resumen: A partir del próximo 17 de agosto de 2015, el régimen de las sucesiones internacionales sufrirá un cambio importante. Por primera vez, prácticamente la totalidad de los estados que integran la UE (excepto Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) aplicarán unas normas comunes de Derecho Internacional Privado. Es el Reglamento 650/2012 el artífice de tal cuestión, para lo cual se sirve del denominado *Certificado Sucesorio Europeo*, un documento fácilmente reconocible en Europa, y en el mundo entero, al que en el seno de los Estados Miembros del Reglamento se le reconocerán unos efectos probatorios que fuera de él no están obligados a reconocerle, pero que, ciertamente, facilitará su circulación también en terceros estados cuando estos se hayan acostumbrado a él y, por qué no, lo acepten expresamente o adopten uno semejante.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, Derecho Sucesorio, certificado sucesorio europeo.

Abstract: Starting from this coming August 17, 2015, the legal regime of international inheritances will undergo an important change. For the first time, almost all EU member states (excepting the UK, Ireland and Denmark) will apply common rules of International Private Law. It is Regulation 650/2012 that has brought about this change, and for this purpose the so-called *European Inheritance Certificate*, a document easily recognizable in Europe and throughout the world, will be used. In the Member States of this Regulation, this certificate will be effective for purposes of proof, but outside of these States there is no obligation to recognize this certificate. Nevertheless, the Regulation will clearly facilitate the circulation of this certificate also in third-party countries, when these countries have become accustomed to it, and they may even expressly accept it or adopt a similar one.

Keywords: International Private Law, Inheritance Law, European inheritance certificate.

ciudades), proceder al cambio de matriculación de vehículos o embarcaciones, cambio de concesiones, sepulturas, etc.

El Reglamento ha sido sumamente respetuoso con el Derecho sustantivo sucesorio de cada Estado Miembro, que decidirá cuál es el procedimiento a seguir y cuáles los documentos que se han de otorgar para aceptar, repudiar, administrar o partir una herencia

Pensemos, en general, en una persona con derecho a la herencia, que para algunos de los actos que acabamos de enumerar necesita acreditar su condición de heredero, de legatario, de administrador de la herencia o de ejecutor testamentario, o en una de esas personas que quiere poder acreditar o ejercitar o cumplir los derechos, facultades y obligaciones que le corresponden a raíz de la muerte de una persona.

El Reglamento ha sido sumamente respetuoso con el Derecho sustantivo sucesorio de cada uno de los Estados Miembros. Cada Estado conserva su autonomía legislativa, y por ello cada legislación nacional decide cuál es el procedimiento a seguir y cuáles los documentos que se han de otorgar para aceptar, repudiar, administrar o partir una herencia.

Los problemas han surgido cuando varios estados se consideran competentes para regular una misma situación y las soluciones adoptadas son diferentes, como cuando también lo son los documentos que en cada Estado se exigen o precisan. El Reglamento trata de poner orden. Me ceñiré a las herencias no litigiosas. ¿Cómo conseguir que los documentos que se expiden en un Estado sean identificados como los necesarios y aceptados en otro Estado Miembro?

El Reglamento, por un lado, impone la aceptación de determinados documentos, concretamente, de los públicos, dada la enorme confianza que inspiran y la fuerte presunción de veracidad y legalidad de que gozan (lo explica el antecedente 60 del Reglamento).

El problema es que no basta con ello, ya que tales documentos, a pesar de su calidad, no siempre disipan las dudas de si son suficientes por sí solos, de si son los que se necesitan,

con los enormes trastornos de pérdida de tiempo y de coste que conllevará el reconocimiento en los otros estados de la solución adoptada en uno de ellos.

- Y, por supuesto, con la conformidad y el consenso de todos los interesados directamente en la herencia.

A partir de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, los Estados Miembros aplicarán unas reglas comunes que les permitirán resolver de manera igual y uniforme los puntos de Derecho Internacional que afecten a las sucesiones internacionales

A partir de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, los Estados Miembros aplicarán unas reglas comunes que les permitirán resolver de manera igual y uniforme los puntos de Derecho Internacional que afecten a las sucesiones internacionales.

II. LA CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Por razones de programa, me centraré en **la circulación de los documentos,**

cuando se trata de una sucesión internacional, a la vista del nuevo Reglamento 650/2012. Concretemos. Nos referiremos a:

- Los documentos que guarden relación con sucesiones que se abran a partir del 17 de agosto de 2015, siempre que sean internacionales, o sea, que concurren en ellas un elemento de extranjería (nacionalidad o residencia habitual del causante, situación de los bienes, etc.).
- Los documentos públicos, considerando como tales los definidos en el art. 3 del Reglamento, constituya o no su contenido una declaración de voluntad.

Pensemos, una vez abierta la sucesión, tras el fallecimiento o la declaración judicial de fallecimiento de una persona, en los documentos que se necesitan para la tramitación de la herencia, sea para lograr la adjudicación definitiva de bienes a sus destinatarios, sea para poder obtener la información necesaria para averiguar el patrimonio del causante, sea para realizar las gestiones precisas tras un fallecimiento, como puede ser cobrar unos seguros, unas pensiones, subrogarse contractualmente en la posición del causante (contratos laborales, arrendamientos, explotaciones agrarias), poder disponer de los bienes del causante (activos financieros, metálico, inmuebles, acciones o participaciones de so-



de si se ha respetado el procedimiento que debía seguirse, etc. Solo una persona experta en el Derecho Nacional Aplicado lo sabrá.

De ahí que, para conseguir que incluso los no expertos puedan estar seguros de que se les exhibe el documento debido, el necesario y suficiente, el Reglamento ha creado, haciéndolo compatible con el régimen de los documentos públicos que hemos visto, y de forma totalmente opcional, un documento «nuevo», propiamente europeo, fácilmente identificable, que pueda ser aceptado sin dificultades y que va a ser suficiente por sí solo para acreditar determinados extremos sucesorios, teniendo en cuenta que tal documento no podrá haberse expedido sin una labor previa necesaria de averiguación y confirmación de la información que ofrece, realizada en cada Estado Miembro de acuerdo con las normas por las que se rija la sucesión y la *lex auctoritas*.

Ambas soluciones han pretendido mitigar las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos europeos desde el punto de vista documental en materia de sucesiones, evitándoles pérdidas de tiempo y costes, a la vez que procurándoles seguridad jurídica.

Veamos ambas soluciones con algo más de detalle.

III. CIRCULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS (ART. 59 DEL REGLAMENTO)

El legislador europeo impone la aceptación (en su caso, la ejecutividad), en todos los Estados Miembros (de destino), de los documentos públicos generados en otro Estado Miembro (de origen).

La alta cualificación del autor del documento y del trabajo realizado por aquel producen un documento que inspira plena confianza; de ahí que se le reconozca por ley una fuerte presunción de legalidad, de validez, de veracidad y de integridad, y se le atribuya una especial fuerza probatoria y ejecutiva, sin perjuicio de otros efectos más que las diferentes legislaciones les reconocen, a todos los niveles, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial.

El legislador europeo tiene un concepto claro de qué se entiende por *documento público*: lo ha dado y mantenido en numerosos textos. Así, el art. 3 del Reglamento 650/2012 nos dice que lo es:



Un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado Miembro y cuya autenticidad:

i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y

ii) haya sido establecido por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado Miembro de origen.

Por ser quien es su autor, este ha garantizado la legalidad del documento y ha velado por la legalidad del negocio que mediante él se formaliza; debe haberse asegurado, asimismo, de que el consentimiento prestado en su celebración ha sido debidamente informado, siempre, en el caso del documento notarial, bajo la responsabilidad directa y personal del propio Notario. Legalmente se presume, con carácter *iuris tantum*, que ha sido así.

Precisemos esa definición:

— Por razón de su contenido:

- Unos documentos públicos se limitan a dotar de certeza jurídica y a dar fijación y credibilidad en el tráfico a determinadas situaciones jurídicas creadas al margen de los mismos (como los acreditativos del estado civil de una persona —certificado de defunción— o los del Registro General de Actos de Última Voluntad).
- Otros (llamados *auténticos*) constituyen la expresión formal, a veces constitutiva, del negocio celebrado, que requiere de una declaración de voluntad, sea esta unilateral o multi-

lateral, como, por ejemplo, los testamentos, pactos sucesorios o aceptaciones, repudiaciones o particiones de herencias.

- Otros, híbridos entre los dos anteriores, sirven para dotar de publicidad oficial a una cierta información jurídica, a la par que se declaran, por una autoridad pública o funcionario, ciertos derechos y situaciones jurídicas derivadas de la anterior, como, por ejemplo, las declaraciones de herederos abintestato.

A todos estos documentos públicos parece referirse el Reglamento. No desconocemos que se está tramitando otro proyecto de reglamento que trata de la circulación de las actas del Registro Civil, aunque su contenido y ámbito de aplicación no están definidos del todo.

— Por razón de su autor: cabe distinguir el judicial (en el Reglamento, hay una regulación específica de las decisiones y de las transacciones judiciales), el administrativo y el notarial; solo estos dos últimos entran en la definición del art. 3 del Reglamento.

- El documento público al que se refiere el legislador europeo comprende los documentos autorizados por un Notario de corte latino-germánico⁽¹⁾ (los hay en veintidós de los veintiocho Estados Miembros de la UE, quedando fuera Irlanda, Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia y Chipre).

Ahora bien, no basta con que al documento se le haya dado el nombre de

documento notarial («el hábito no hace al monje») o que haya intervenido en alguna forma un Notario latino-germánico, puesto que su actuación ha podido limitarse al reconocimiento o legitimación de firmas, sin haber controlado la legalidad de su contenido ni haber participado en él como autor. Debemos prestar atención especial, por la confusión que producen y los errores a que inducen, a términos utilizados principalmente en el extranjero, como *legalización, legitimación, notificación, intervención, autorización, adverbación, homologación, documentación*, etc., que no siempre significan ni requieren la actuación a que estamos acostumbrados en nuestro país, razón por la cual hay que ser extremadamente estricto a la hora de reconocerles o no efectos.

Pues bien, los documentos públicos de que habla el Reglamento 650/2012 quedan libres del régimen al que hasta su entrada en vigor se someten para que puedan producir efectos y sean aceptados y ejecutados en España; régimen que, en cambio, subsistirá para los que proceden de estados no miembros del Reglamento (como los no miembros de la UE y los tres estados de la UE no miembros del Reglamento: Dinamarca, Reino Unido e Irlanda). Ese régimen «anterior» es el dispuesto en las convenciones internacionales vigentes y, en su defecto, en el Derecho español, y consiste:

- Para la aceptación, en el sometimiento a un reconocimiento incidental ante el órgano donde se quieren utilizar, el cual comprueba su autenticidad formal (exige la legalización o apostilla de La Haya, según proceda, y, si no lo entiende, su traducción) y también su fondo (vela por la debida aplicación de la ley que procede, se asegura de la capacidad de los sujetos intervinientes, controla que no haya oposición al orden público, etc.).
- Y para que el documento pueda servir de título ejecutivo en el Estado de destino, en el control de que, además de auténtico, sea también ejecutivo en el Estado de origen.

En cambio, los documentos públicos sometidos al Reglamento 650/2012, sean originales, sean copias autorizadas, serán aceptados y desplegarán los efectos probatorios (en su caso, ejecutivos), sin necesidad

de ser sometidos a esos controles de forma y de fondo. En efecto:

- No precisan legalización, ni apostilla, ni formalidad análoga, lo cual puede generar problemas de seguridad, al facilitar sus falsificaciones y manipulaciones. Con ánimo de evitarlos, los notarios hemos inventado a nivel mundial el denominado *sello notarial de seguridad (SNS)*, en fase de prueba actualmente.
- Requieren la traducción, normalmente jurada, salvo que el destinatario prescindiera de ella o se conforme, bajo su responsabilidad, con la que se le presente u obtenga él mismo.
- Deben ir acompañados de un formulario oficial relleno por la autoridad del Estado Miembro de origen que lo haya expedido donde se especifique su valor probatorio (en su caso, ejecutivo).

El legislador europeo impone, en el ámbito sucesorio internacional, la aceptación de los documentos públicos a los solos efectos probatorio y ejecutivo, lo cual no quiere decir que no puedan desplegar otros efectos típicos de ese tipo de documentos

En definitiva, el legislador europeo impone, en el ámbito sucesorio internacional, la aceptación de los documentos públicos a los solos efectos probatorio y ejecutivo, lo cual no quiere decir que no puedan desplegar otros efectos típicos de ese tipo de documentos, como el legitimador, el prelativo, el registral o el traditorio, si bien estos otros efectos no vienen impuestos por el legislador europeo, por lo que los documentos podrán quedar sujetos a los controles que cada Estado determine para reconocérselos.

Efecto probatorio. Dice el Reglamento que «*tendrán en otro Estado Miembro el mismo valor probatorio que en el Estado Miembro de origen, o el efecto más parecido posible*».

- Da a entender que nunca desplegarán en el Estado de destino más efectos, ni tampoco menos, de los que tenga en el

Estado de origen, y ello a pesar del tratamiento jurídico que se dé en el Estado de destino a documentos semejantes (o sea, de los efectos que se les reconozcan).

- Se rechazará el documento si su reconocimiento resulta contrario al orden público del Estado Miembro de destino (por ejemplo, discriminación por razón de sexo, en que prevalecen los hijos sobre las hijas; de ideología; de creencias religiosas, en que solo se reconocen derechos a los hijos de credo musulmán y no a los cristianos; de vínculo, en que solo se reconocen derechos al cónyuge y nunca a la pareja estable, etc.).
- Cabe interponer recurso contra el documento, suspendiéndose, mientras se resuelve, su fuerza probatoria en el Estado Miembro de destino.
 - Cabe impugnarlo por falta de autenticidad, lo cual necesariamente deberá hacerse en el Estado de origen.
 - Puede impugnarse por problemas de fondo o de contenido relacionados con la ley aplicable, debiéndose interponer el recurso necesariamente ante los órganos que determina el Reglamento.

El documento perderá su fuerza probatoria si finalmente es declarado inválido.

Efecto ejecutivo (art. 60 del Reglamento). Para desplegarlo, el documento público debe ir acompañado de una certificación, expedida conforme a un formulario oficial por la autoridad del Estado Miembro de origen que la haya librado, de la que resulte su fuerza ejecutiva, siendo condición imprescindible que gozase de tal condición en el Estado de origen. Se debe seguir un procedimiento especial reglado y solo se desestimarà o revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando sea manifiestamente contraria al orden público del Estado Miembro de ejecución.

Sin embargo, acudir al sistema de documentos propios de cada Estado es complejo, ya que siempre quedan dudas acerca de qué documentos se necesitan, quién ha de expedirlos, cuál ha de ser su contenido, cuáles sus requisitos formales, si nos presentan todos los que necesitamos o no, etc. La regulación es diferente en cada país. Averiguarlo conlleva costes, pérdida de tiempo e inseguridad jurídica.



IV. PASAPORTE SUCESORIO

De ahí que el legislador europeo, con una clara visión práctica, haya creado una especie de pasaporte sucesorio. Un documento fácilmente reconocible en Europa, y en el mundo entero, al que en el seno de los Estados Miembros del Reglamento se le reconocerán unos efectos probatorios que fuera de él no están obligados a reconocerle, pero que, ciertamente, facilitará su circulación también en terceros estados cuando estos se hayan acostumbrado a él y, por qué no, lo acepten expresamente o adopten uno semejante.

Entramos así a comentar el denominado certificado sucesorio europeo (en lo sucesivo, CSE) (arts. 62 y ss.).

1. ¿Qué es?

Un documento público, ajustado a un modelo oficial, mediante el que se prueban, con carácter de presunción *iuris tantum*, todos o algunos de los siguientes extremos: quiénes son los herederos y/o legatarios, quiénes son los administradores de la herencia o sus ejecutores testamentarios, y cuáles son sus respectivos derechos, obligaciones y facultades.

Mediante este documento se acredita la certeza de una determinada información con valor jurídico. Para ello se contrastan y comprueban ciertos hechos, actos y negocios jurídicos previamente acontecidos y se extracta la información que ofrecen para ser divulgada de una forma creíble bajo la fe judicial o notarial, según la autoridad que cada Estado haya declarado competente para expedirlo, dotándola de certeza y de fijación jurídica.

Este documento es opcional, y no sustituye, en absoluto, a aquellos otros que deban obtenerse conforme al procedimiento sucesorio que establece la legislación nacional por la que se deba regir la sucesión. Es el extracto que se necesita para actuar en el tráfico, el cual se halla amparado, según estados y según los casos, unas veces por la fe judicial y otras por la notarial.

2. Su utilidad es evidente

— Desde un punto de vista formal:

- Presenta un formato estándar, de acuerdo con formularios oficiales

aprobados por la Comisión Europea en el Reglamento de ejecución (UE) n.º 1329/2014 y publicados en el *BOUE* de 16 de diciembre de 2014, que lo hará fácilmente reconocible, incluso a profanos en Derecho.

- Podrá estar redactado en el idioma del país en el que se pretenda utilizar, con lo que se evitarán o reducirán considerablemente los gastos de traducción.
- No precisará legalización, apostilla o formalidad externa equivalente, lo que, al decir del legislador europeo, reduce costes y pérdidas de tiempo⁽²⁾ (art. 74).

— Desde el punto de vista de su contenido, permite acreditar (art. 63):

- Quién es el heredero y cuáles sus derechos y obligaciones.
- Quién es el legatario y cuáles sus derechos y obligaciones.
- Quién es el administrador de una herencia y cuáles sus facultades y obligaciones.
- Quién es el executor testamentario y cuáles sus facultades.

3. El documento es nuevo y autónomo

Es un auténtico documento europeo: tiene su razón de ser en un texto netamente europeo y no en las diferentes legislaciones nacionales. El Reglamento regula su creación, conservación, revisión, suspensión, anulación y eficacia.

La idea, sin embargo, no es nueva. El sistema ya existía, y existe, en países como Alemania (*Erbschein*), Austria (*Einantwortungsurkunde*), Francia, Bélgica y Luxemburgo (*attestation, acte de notoriété, certificat d'heritier*), Bélgica, Luxemburgo o Italia (*atto di notoriété*). Lo novedoso es que ahora la inmensa mayoría de los Estados Miembros de la UE (excepto Reino Unido, Irlanda e Inglaterra) se hayan puesto de acuerdo para crear y reconocer un documento semejante⁽³⁾.

Sirve para las sucesiones internacionales, tanto en los estados de destino como en el de origen, y también para las sucesiones puramente nacionales.

4. ¿Cambia con su creación realmente el sistema nacional?

De ninguna manera. Debemos distinguir entre:

- Las sucesiones nacionales, o sea, aquellas en las que no concurre ningún elemento de extranjería, las cuales continúan estando sujetas a las mismas reglas vigentes a la entrada en vigor del Reglamento, o sea, los arts. 9.8 y 16 CC (la sucesión del español fallecido se regirá por la ley de su vecindad civil al tiempo del fallecimiento, sin perjuicio de las particularidades en cuanto a la protección de la legítima y de ciertos derechos del cónyuge, y del régimen especial aragonés). Nada impide, sin embargo, que se pudiera librar también un CSE.
- Si una sucesión se tramita como nacional y se descubre más tarde que realmente era internacional por la existencia de bienes en el extranjero, si la ley aplicable no cambia por tal hecho, bastará con obtener el CSE.
- Las sucesiones internacionales (o sea, aquellas en las que concurre un elemento transfronterizo, como, por ejemplo, que el causante tenga nacionalidad extranjera o diversas nacionalidades o carezca de ella, o bien que el causante tenga una residencia habitual al morir en un Estado del que no es nacional, o sencillamente que aquel haya dejado propiedades en diferentes estados) se regirán, en cambio, por el Reglamento europeo, que ofrece la doble posibilidad de utilizar (art. 62):
 - O bien los documentos tradicionales de cada país, como hasta ahora.
 - O bien el CSE, que no es obligatorio, sino opcional, pero que presenta ventajas frente a aquellos a la hora de ser aceptados, como hemos visto.

¿Qué ocurrirá habitualmente? Por razones prácticas (si realmente averiguamos o se nos dice que la sucesión es internacional), se le expedirá, previa la oportuna orientación, el CSE. Se le facilitará así la circulación, el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones más allá de las fronteras del Estado donde se haya generado, y se le evitará la traducción, ganará tiempo y evitará gastos. Seguridad y economía, en dos palabras.

Ahora bien, el camino no es tan sencillo como parece. Con frecuencia, para llegar al CSE,



será necesario seguir un proceso que no discurre al margen de los cánones tradicionales, sino que, en muchos casos, los presupone.

Nada impedirá seguir acudiendo al Notario de confianza para tratar con él de la herencia, sin perjuicio de que el CSE, si se necesita, se haya de obtener con aquel que es competente de acuerdo con el Reglamento y con el desarrollo que cada legislador nacional haga de aquel

O sea que nada impedirá seguir acudiendo al Notario de confianza, quienquiera que este sea, para tratar con él de la herencia, sin perjuicio de que el CSE, si se necesita, se haya de obtener con aquel que es competente de acuerdo con el Reglamento y con el desarrollo que cada legislador nacional haga de aquel. Es algo semejante a lo que actualmente ocurre con la declaración de herederos abintestato.

5. ¿Quién puede solicitar el CSE?

¿Cualquier persona? NO, solo quien tenga un interés legítimo CONCRETO (arts. 65.1 y 63). Así:

Pueden:

- El heredero (aunque sea el de confianza o uno fiduciario; puede englobar al legatario).

- Se deberá estar al caso concreto, pero, en general, la solicitud del CSE no nos debe llevar a presumir que la herencia se ha aceptado.

- El legatario (de cualquier clase, puede englobar al legatario).

- Tampoco implicará la aceptación sin más del legado.

- El administrador de la herencia.

- El ejecutor testamentario (el albacea, el contador partidor).

La pregunta es: ¿pueden todos ellos pedir un CSE completo o tendrá que ser necesariamente parcial en función de sus respectivos intereses? Creo que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y de la finalidad que con él se persiga. No pueden:

- El acreedor.

- El banco en el que existan depósitos del fallecido.

- La Hacienda Pública.

- La otra parte contratante de los contratos que pudiera haber celebrado el causante (suministradores, trabajadores, etc.).

6. ¿Quién puede expedir el CSE? (art. 64)

Solo aquellas personas que el Reglamento declara competentes. Generalmente se quiere:

- 1) Que lo sea una persona del Estado cuya ley nacional va a regir la sucesión. ¿Por qué? Porque son las que mejor la conocen.

- 2) Que lo sea una persona de un Estado Miembro del Reglamento. Es lógico, porque a las de terceros países no se les puede imponer, y eso suponiendo que sus documentos llegaran a ser aceptados o reconocidos. Ahora bien, esta regla supone que, cuando la ley aplicable no sea una de un Estado Miembro adherido y el órgano competente para expedirlo sí lo sea, por ejemplo, por razón del lugar de situación de los bienes o de una anterior residencia habitual del causante, estaremos ante una excepción al punto 1) anterior.

Pero, ¿es suficiente por sí solo el Reglamento para determinar la persona u órgano concreto competente? Ciertamente, no.

- En primer lugar, ha hecho falta que cada Estado Miembro comunique hasta el 16 de noviembre de 2014 (se prorrogó el plazo inicial) cuál o cuáles de sus autoridades nacionales son competentes. La inmensa mayoría de los estados lo han hecho, de modo que para unos estados son competentes:

- Tanto el Juez como el Notario (aunque no siempre de forma alternativa, sino en función de los casos, como en España): Croacia, Italia (uno u otro, según territorios, incluso a veces funcionarios), España (el Juez, en caso de conflicto y en los casos en que puede expedir la declaración de herederos abintestato; el Notario, en los demás casos), República Checa (el Notario como delegado del Juez), Austria (el Notario suele actuar por delegación del Juez, aunque probablemente, en una próxima reforma, se le atribuyan funciones propias directas).

- Solo el Juez: Alemania (salvo en Baden-Württemberg), Grecia, Eslovaquia (si el procedimiento no ha acabado, cabe que lo sea por un Notario en quien delegue el Juez), Chipre, Eslovenia.

- Solo el Notario: Estonia, Francia, Baden-Württemberg (realmente actúan como funcionarios), Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda,



Rumanía (previsto en una próxima reforma).

- Otro funcionario: Finlandia, Suecia (la Agencia Fiscal sueca), Portugal (registradores).

Existen estados que todavía no lo han comunicado, debido a que están adaptando su legislación nacional al Reglamento. Está previsto, si no se ha hecho ya, que se declare competente al Notario en Bélgica; en Polonia, al Juez y al Notario; en Hungría, a los notarios y, solo en caso de conflicto, quizás, al Juez. Se desconoce la situación en Bulgaria y en Malta.

— En segundo lugar, ¿cabe entender que el Reglamento concreta qué autoridades de cada Estado son competentes para librar el CSE o es posible entender, en cambio, que se limita a determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para emitir el CSE, pero que cada legislación nacional ha de concretar quiénes de sus respectivas autoridades lo son más concretamente? La solución no es pacífica. Es importante recordar el antecedente 21 del Reglamento, que dice: «El presente Reglamento no afecta a las competencias que los Estados Miembros atribuyan a los notarios en materia de sucesiones».

- Hay quien se inclina por esta segunda solución y propone, como Isidoro Calvo Vidal⁽⁴⁾, las reglas que deberían aprobarse en línea con el criterio seguido para las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.
- Dice que será Notario hábil para su expedición cualquiera que sea competente para actuar en la población donde el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España; de no haber tenido nunca residencia habitual en España, será competente el Notario correspondiente al lugar donde estuviere parte considerable de los bienes de la herencia; de no haber bienes de la herencia en España, el del lugar de su fallecimiento; si hubiere fallecido fuera de España, el de la residencia habitual de cualquiera de las partes en el expediente, y de no tener ninguna de ellas residencia habitual en España, será competente el Notario al que se haya sometido el asunto.

• Otros, en cambio, pensamos que el Reglamento, en defecto de reglas nacionales de desarrollo, nos puede estar dando ya la solución, aunque, ciertamente, pudiera precisar de mayor precisión. Así, en función de cuál sea la ley reguladora de la sucesión:

- ✓ Si lo es la de la residencia habitual del causante al fallecer, será competente cualquier Notario hábil para actuar en ese lugar (art. 4 del Reglamento).
- ✓ En caso de sumisión por elección a una ley concreta, como se habrá elegido una de las leyes que coexisten en España, debería ser competente un Notario hábil para actuar en la parte del territorio nacional en que rige esa ley (arts. 5 y 9 del Reglamento).
- ✓ El Notario hábil para actuar en el lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes de la herencia (art. 10.1 del Reglamento) o el único bien afectado, y solo respecto de este (art. 10.2 del Reglamento).
- ✓ El Notario hábil para actuar en el lugar con el que guarde una vinculación estrecha alguno de los elementos de la herencia (art. 11 del Reglamento).

En todo caso, es conveniente:

- ✓ Que se aprueben unas normas de técnica notarial, por ejemplo, semejantes a las que rigen las actas de notoriedad de las declaraciones de herederos abintestato.
- ✓ Que se promueva la inscripción de los CSE, para evitar su duplicidad y facilitar su conocimiento. Cabe utilizar el Registro General de Actos de Última Voluntad y conectarlo con otros registros europeos (Red Europea de Registros Testamentarios).

¿Es posible considerar competentes a las autoridades diplomáticas o consulares de un Estado en el extranjero por el mero hecho de ejercer funciones notariales? Entiendo que no, aunque nada impedirá a los

interesados residentes en esos países dirigirse, por medio de aquellos, a la autoridad nacional competente del Estado de aquellos para que libere el oportuno CSE⁽⁵⁾.

7. Procedimiento (arts. 65 y 66)

Independientemente de las reglas inter-nas de técnica procedimental que cada Estado nacional pueda aprobar, el Reglamento contiene unas normas mínimas comunes que aseguran su expedición, conservación y modificación.

A) Solicitud

La autoridad competente no puede actuar de oficio, *motu proprio*, sino que debe hacerlo a **instancias de parte interesada**.

- La autoridad a la que se le solicite el CSE debe apreciar, en primer lugar, su competencia.
- A continuación, debe apreciar el **interés legítimo** de quien solicita el CSE, lo haga personalmente o por medio de representante (voluntario o legal), se le formule directamente o por medio de otra autoridad interpuesta (competente en el lugar donde se encuentra el solicitante).
- La autoridad emisora tomará todas las medidas necesarias para **informar a otros posibles beneficiarios de que se le ha solicitado el CSE**. De ser necesario [...], publicará anuncios. Ahora bien, no nos dice el legislador quiénes son esos beneficiarios, ni de qué plazo dispone, de la forma en que ha de hacerlo, de qué diligencia y celo ha de mostrar, de cómo averiguará dónde están, de cuál será su responsabilidad de no hacerlo, etc.

B) Examen de la información y de los medios de prueba

La autoridad competente ha de **examinar la información y los medios para probarla**: comprobará si es o no completa y si son aceptables y suficientes los medios de prueba presentados.

Pueden utilizarse como prueba **las declaraciones propias del solicitante o las de terceros** (en su presencia o en la de terceros competentes, en su caso, bajo juramento o declaración responsable, si lo es-tima necesario), **los documentos escritos o visuales** (originales o copias, auténticos

o no, que deberá libremente apreciar, exigiendo, en su caso, que estén legalizados, o apostillados, o con otras formalidades análogas, o traducidos). En cualquier caso, actuará la autoridad emisora bajo su responsabilidad directa y personal.

En ocasiones, resulta conveniente acreditar los cambios que se han producido en una persona a lo largo de su vida, como podría ser nombre y apellidos (por ejemplo, si cambian por matrimonio), sexo, nacionalidad, residencia habitual, etc.

Se le debe facilitar y probar la siguiente información:

a) Datos personales del causante: debería bastar el certificado oficial literal de defunción, debidamente apostillado y traducido, salvo que se utilice el certificado internacional plurilingüe al que se refiere el Convenio n.º 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil.

En ocasiones, resulta conveniente acreditar los **cambios que se han producido en una persona** a lo largo de su vida, como podría ser nombre y apellidos (por ejemplo, si cambian por matrimonio), sexo, nacionalidad, residencia habitual, etc. Los datos personales pueden resultar del certificado oficial de nacimiento del Registro Civil, del pasaporte o de la carta nacional de identidad, del certificado de empadronamiento, del propio certificado de defunción o de la tarjeta o certificado de residencia.

b) Datos personales del solicitante: resultarán del DNI o carta de identidad nacional, del pasaporte o de la tarjeta de residencia; podrá servir también el certificado de nacimiento o similar.

Su interés legítimo puede resultar de su relación de parentesco (certificados de nacimiento oficiales del Registro Civil o Libro de Familia), matrimonio (certificado oficial de matrimonio) o unión de pareja con el causante (documento oficial del que resulte, o incluso la separación o el divorcio o la nulidad), o de su condición de heredero, legatario que tenga derechos directos en la herencia, legitimario o titular de derechos (título sucesorio).

c) En su caso, datos del representante del solicitante: identidad y base documental. Para la representación voluntaria, servirá la copia autorizada del poder notarial; para la legal de los progenitores, el certificado del Registro Civil o Libro de Familia; para la de los tutores, curadores y otros nombrados judicialmente o por la autoridad competente, el testimonio judicial del auto de incapacitación y de nombramiento de representante legal debidamente inscrito o el documento oficial pertinente.

d) Datos del cónyuge o de la pareja del causante y, si procede, de su excónyuge o sus excónyuges o de su expareja o sus exparejas.

e) Datos de otros posibles beneficiarios en virtud de una disposición *mortis causa* o de la ley: solo podrán resultar de una disposición *mortis causa*.

f) El fin para el cual se solicita el CSE. Este puede ser parcial, en cuyo caso el examen se limitará a las pruebas presentadas para el fin perseguido.

g) Los datos de contacto del Tribunal u otra autoridad competente que sustancie o que haya sustanciado la sucesión, si procede.

h) Los extremos en los que el solicitante fundamente, según el caso, su derecho sobre bienes hereditarios en calidad de beneficiario y/o el derecho a ejecutar el testamento del causante y/o a administrar su herencia.

Se debe acreditar la defunción del causante o su declaración judicial de fallecimiento, o sea, la apertura de la sucesión; si existen o no disposiciones de última voluntad⁽⁶⁾ (convenientemente, en los diferentes estados a los que hubiese estado vinculado), como testamentos o pactos sucesorios, y, si las hay, se debe comprobar su validez y ver después si cumplen los requisitos necesarios para desplegar plenos efectos, ya que los requisitos de forma de aquella (validez) y de estos (eficacia) pueden diferir, y también si esa disposición (depende de cada legislación nacional) basta por sí sola o debe ser sometida a un proceso de adveración, legalización, homologación, incluso protocolización (en Alemania, por ejemplo, se exige la apertura judicial del testamento), sin perjuicio de que en

algún caso deba ir acompañada de otros documentos complementarios imprescindibles, como el certificado de defunción o el de últimas voluntades; y, de haber varias, cuáles prevalecen o si son compatibles, o el documento del que resulte la invalidez o ineficacia de unas; y si ha fallecido abintestato, si hay declaración oficial de herederos abintestato, servirá de base para el CSE, y si no la hay, quizás no sea precisa y pueda solicitarse directamente el CSE, si la misma autoridad es competente para una y otro.

Quizás se haya partido la herencia y se hayan adjudicado los bienes, sirviendo de fundamento ese documento, del que quizás resulten todos los necesarios para el CSE.

i) Una indicación de si el causante había otorgado una disposición *mortis causa*. Si no se adjunta ni el original ni una copia, debe indicarse el lugar en que se encuentra el original.

j) Una indicación de si el causante había celebrado capitulaciones matrimoniales o un contrato relativo a una relación que pueda surtir efectos análogos al matrimonio. Si no se adjunta ni el original ni una copia, debe indicarse el lugar en que se encuentra el original.

No existen en el seno de la UE normas de DIPr que regulen las cuestiones sobre el régimen matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones de pareja, registradas o no, si bien se están tramitando en tal sentido sendos proyectos de reglamento. Mientras no existan, el CSE se va a resentir, ya que cada Estado adoptará una solución, por lo que no siempre coincidirán los bienes que hayan de integrar la herencia. Además, algunas legislaciones hacen depender los derechos sucesorios de cuál sea el régimen matrimonial (en su caso, patrimonial).

k) Una indicación de si alguno de los beneficiarios ha declarado que acepta la herencia o renuncia a ella.

l) Una declaración de que, al leal saber y entender del solicitante, no existe ningún litigio pendiente relativo a los extremos que vayan a ser certificados.

m) Cualquier otra información que el solicitante considere útil a los efectos de la expedición del certificado.



C) Demanda de más información y pruebas

La autoridad que haya de expedir el CSE puede solicitar más información cuando tenga dudas acerca de la facilitada y de la prueba de esta o de la ya facilitada, por ser aquella poco veraz y fiable o incompleta:

- De ser necesario, **oír**á a cualquier persona interesada y a cualquier ejecutor o administrador.
- Solicitará la **colaboración de las autoridades competentes** de los Estados Miembros, aunque solo la recibirá si las respectivas legislaciones nacionales de estas las autorizan a darla (*en particular, en los registros de la propiedad inmobiliaria, en los registros civiles y en los de últimas voluntades o de otros hechos relevantes para la sucesión o para el régimen económico matrimonial o equivalente del causante*).

Algunos cauces posibles de colaboración pueden ser la plataforma **e-Justice** y, entre notarios, la **Red Notarial Europea**.

D) Actuaciones de oficio

La autoridad emisora debe **realizar de oficio las averiguaciones necesarias**, aunque solo cuando así lo disponga o autorice su propia legislación.

Prueba del Derecho extranjero. El Derecho extranjero que, en su caso, se deba aplicar le debe ser alegado y probado a la autoridad emisora. Ahora bien, si ello no es así, la autoridad emisora debe colaborar, lo cual significa que debe investigar de oficio cuál pueda ser aquel⁽⁷⁾. Cabría servirse de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y de lo que dispone el Convenio Europeo de 7 de junio de 1968 acerca de la información del Derecho extranjero, al que se adhirió España el 19 de noviembre de 1973. Tradicionalmente, se ha venido considerando que el conocimiento de ese Derecho extranjero por el Notario autorizante de la escritura, confesado así en el cuerpo de la misma, dispensaba de probarlo⁽⁸⁾.

Situación especial: existencia previa de un documento oficial del que resulte toda la información y las pruebas que se precisan para el CSE. Esa documentación, por sí sola, si es pública, debería bastar para expedir el certificado.

E) Expedición del CSE o denegación del mismo

A la vista del examen realizado de la solicitud y de las pruebas que se le hayan presentado o que haya obtenido, la autoridad emisora concluirá con la expedición o con la denegación de la expedición del CSE. Las dos decisiones son susceptibles de ser recurridas.

8. No expedición del CSE

Si a la autoridad competente para expedir el CSE no se le han acreditado suficientemente y no se le van a poder acreditar, o si se han recurrido⁽⁹⁾, los extremos que se han de acreditar (por ejemplo, el título que sirve de fundamento a la sucesión, el parentesco, el matrimonio o la unión de pareja, el derecho a la herencia o al legado, etc.), o si las conclusiones a las que se hubiera llegado tras el examen no fueran conformes con una resolución sobre los mismos extremos, la autoridad competente denegará la expedición del CSE. Naturalmente, se deberá estar a la información que vaya a ser certificada, dado que el CSE puede ser parcial, por lo que de no acreditarse, o haberse impugnado, o ser contrarios a una resolución extremos que no se han de certificar, el CSE se podrá expedir, si no se ve afectado por tales extremos.

Si la impugnación solo afecta a alguno de los extremos a certificar, se debe poder expedir un CSE parcial con la finalidad querida y respecto de aquellos otros extremos que no planteen dificultad alguna y no vayan a poder quedar desvirtuados por efectos de la impugnación

Si la impugnación solo afecta a alguno de los extremos a certificar, se debe poder expedir un CSE parcial con la finalidad querida y respecto de aquellos otros extremos que no planteen dificultad alguna y no vayan a poder quedar desvirtuados por efectos de la impugnación.

Cuando se haya puesto fin al conflicto, bien porque se ha desistido en la demanda, bien porque la sentencia ha sido desestimatoria, bien porque ha caducado la instancia, bien porque aquel se ha resuelto, sea mediante resolución judicial estimatoria firme, sea por medio de transacción con efectos equiparables a

los de la cosa juzgada, el CSE podrá, y deberá, ser expedido teniendo en cuenta aquella de las circunstancias que se haya dado.

La autoridad emisora estará obligada a suspender el procedimiento y, por tanto, no expedirá el CSE si, estando previsto el mecanismo, se le comunica que se ha emitido ya otro CSE o se ha iniciado previamente otro procedimiento. En el segundo caso, sería recomendable que ambas autoridades estuvieran en contacto, sea para facilitar el segundo al primero lo actuado, sea para que este informe a aquel del resultado, por si tuviera que reanudar el proceso. Se deben evitar documentos contradictorios, tal como se hace en el Derecho español con las actas de declaración de herederos abintestato, pero, para ello, es preciso que se hayan habilitado los mecanismos precisos, como, por ejemplo, la creación de un registro central europeo de CSE o, mucho más realista, la interconexión de los diferentes nacionales.

9. Expedición del CSE

Si a la autoridad emisora se le han acreditado suficientemente, a su juicio, los extremos para los que se pretende el CSE, lo expedirá.

A) Calificación de la expedición

La expedición del CSE requiere, sin ningún género de duda, que no haya conflicto o litigio suscitado o que, de haberlo habido, haya sido ya dirimido, pues, de existir, habrá que esperar a lo que resuelvan los Tribunales o acuerden los interesados.

La expedición por los jueces ha de calificarse, sin duda, de acto de jurisdicción voluntaria. También será así cuando lo emitan los notarios.

Cabe plantearse si realmente se llega a emitir una decisión o juicio de notoriedad del que se derivan y mediante el cual se declaran oficialmente derechos o si, como pensamos, se limitan a dar fe de la preexistencia de determinados hechos, actos y negocios jurídicos que nacen al margen de su actuación con el CSE y a los que tan solo dan reflejo documental para facilitar un documento fiable y seguro que sirva de título legitimador y probatorio en el tráfico, pero el cual, por sí solo, no crea ni transmite derecho alguno.

En cualquier caso, cuando los emitan los notarios, deberían ajustarse, en la medida

de lo posible, salvo que otra cosa dijera el legislador nacional, a las normas propias de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

B) Contenido

Se refiere a él el art. 68 del Reglamento. Además de información relativa a la autoridad emisora, al número de control y la fecha (importante para determinar su vigencia), al solicitante, al causante y a los beneficiarios, el CSE deberá dar información, siempre en función de la finalidad que se persiga, sobre:

- El régimen económico del matrimonio o pareja, aunque sabemos que la solución diferirá de un Estado a otro mientras cada uno aplique su propia ley nacional, al no existir normas comunes de DIPr.
- La ley aplicable a la sucesión, razonando por qué lo es.
- El título sucesorio concreto (testamento, declaración de herederos, pacto sucesorio donde se admita) del que se deriven los derechos y facultades de herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia.
- La naturaleza (entiendo que quiere decir 'alcance y trascendencia jurídica') de la aceptación o renuncia de la herencia, cuando existan⁽¹⁰⁾.
- La parte alícuota de cada heredero y, cuando proceda (en el Derecho español, por haberse realizado la partición de alguna de las formas legalmente previstas), los bienes y/o derechos de cada heredero, así como los de cada legatario, con las limitaciones que a unos u otros les afecten, sea por ley o por disposición *mortis causa*⁽¹¹⁾.
- Las facultades y limitaciones, legales o voluntarias, de ejecutores testamentarios o administradores de la herencia.

C) Expedición total o parcial

La expedición puede ser parcial o total, en función de la finalidad que se persiga con el CSE.

La expedición requerirá, en muchos casos, que previamente se haya comprobado, lógicamente, además de la defunción de una persona, si esta había hecho o no testamento; si de haberlo hecho este es o no válido, y

si puede ser reconocido sin más o ha de ser sometido a algún proceso especial (protocolización, adveración, apertura judicial, etc.); si son compatibles o no los varios existentes, y, en caso de no haberlos, cómo saber quiénes son los herederos abintestato y cómo acreditar su condición de tales; si los herederos han aceptado o rechazado la herencia, y qué han hecho los legatarios, y los administradores, y los ejecutores; si los herederos se han puesto de acuerdo con el reparto o no y cuáles son sus derechos abstractos o ya concretos sobre bienes determinados.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que, para expedir el CSE, será preciso haber respetado los pasos y trámites que exige la ley reguladora de la sucesión. El propio legislador se declara respetuoso del Derecho nacional de cada Estado.

D) Constancia formal de la expedición

Concluido el procedimiento abierto con la solicitud del CSE, que deberá haber quedado perfectamente relatado en un acta abierta *ad hoc*, el Notario autorizará una nueva acta en la que refleje la expedición del CSE, lo cual notificará donde oficialmente corresponda, sea a su respectivo Colegio Notarial, sea al registro que a tales efectos se pudiera haber creado para advertir e informar a autoridades y terceros de dicho acto. De la expedición deberá dejarse constancia también por diligencia en el acta de requerimiento o solicitud que al inicio del proceso hubiera autorizado, una vez apreciadas favorablemente tanto su capacidad como el interés legítimo del solicitante, siempre salvo que el legislador español lo haya regulado de otra manera.

E) Plazo de expedición de la copia autorizada del CSE

El examen se debe hacer «*al recibir la solicitud*», o sea, de forma inmediata, y el CSE debe expedirse sin demora, aunque siempre «*una vez que los extremos que vayan a ser certificados hayan sido acreditados*», como hemos señalado, en función de la finalidad perseguida.

F) Coste

No se refiere el legislador a esta cuestión, por lo que entendemos que quedará sujeta a lo que determine cada legislador nacional. En nuestro caso, podría asimilarse

al de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

G) Formulario

El CSE consiste en un formulario estándar oficial, establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el art. 81, apdo. 2, del Reglamento de Sucesiones, que es siempre uniforme, tanto si el fallecimiento se ha producido con testamento, pacto sucesorio o abintestato.

Su contenido se concreta en el art. 68 del Reglamento, aunque puede ser parcial, siempre que sea suficiente para la finalidad que se persiga, que será una o varias de las que prevé el art. 63 del Reglamento.

El formulario está aprobado por la Comisión Europea en el Reglamento de ejecución (UE) n.º 1329/2014 y publicado en el *BOUE* de 16 de diciembre de 2014.

El original del certificado debe permanecer en poder de la autoridad de expedición, que puede librar una o más copias auténticas del certificado y deberá llevar una lista de las personas a las que se les entrega

H) Original y copias

El original del certificado debe permanecer en poder de la autoridad de expedición, que puede librar una o más copias auténticas del certificado y deberá llevar una lista de las personas a las que se les entrega.

I) Idioma

Pienso que cabe expedir copias en un idioma diferente de aquel en el que se halla redactado el original del CSE por razón del idioma oficial en el Estado en el que se quiera usar o de la persona que solicite la copia. Deberá en tales casos expedirse, además de en ese idioma, en el del Estado al que pertenece la autoridad emisora, si la *lex auctoritas* así lo exige.

J) Vigencia de la copia

Su vigencia es, en principio, de seis meses desde su expedición, y debe constar en ella, además de la fecha de expiración.



Excepcionalmente, la autoridad emisora puede ampliar su vigencia. Incluso su poseedor puede solicitar una prórroga de su copia o pedir una nueva.

K) Beneficiario del certificado

La copia auténtica se expedirá «al solicitante y a cualquier otra persona que demuestre tener un interés legítimo. Esto no debe ser óbice para que los Estados Miembros, de conformidad con sus normas nacionales sobre acceso del público a los documentos, permitan que se difundan al público copias del certificado».

El legislador europeo reconoce como personas con derecho a copia, además de al solicitante del CSE (en su caso, al solicitante de su rectificación), a todos los que tengan interés legítimo en él, y permite que sea cada legislador nacional quien determine los cauces de acceso al público. El concepto de solicitante de copia del CSE es más amplio que el de solicitante de este, admitiendo en aquel a cualquier legatario, aunque no tenga derechos directos en la herencia, y a los acreedores de los herederos o legatarios.

Para localizar los CSE y poder pedir una copia, puede establecerse un sistema equivalente al que rige en España para obtener los certificados de últimas voluntades, y, para ello, es preciso que se haya establecido un registro de CSE.

En principio, se está pensando en la obtención de copias en soporte papel, pero nada impide que finalmente se puedan obtener en soportes informáticos.

Quizás fuese conveniente la creación de un registro electrónico en el que las autoridades emisoras y receptoras puedan comprobar la existencia y vigencia del CSE, a fin de evitar fraudes, dado que van a ir desprovistos de apostilla o legalización, al no ser ya necesarias.

L) Comunicación de la expedición

La autoridad emisora adoptará todas las medidas que sean necesarias para informar a los beneficiarios de la expedición del certificado. No nos aclara quiénes son esos beneficiarios, cómo y en qué plazo se les debe notificar, qué consecuencias tendrá la no notificación, etc.

Si atendemos a la notificación de que habla el legislador, y mientras no exista un



registro de CSE, los beneficiarios son todos aquellos que tienen algún derecho según el CSE. No creemos que se deba notificar a aquellos que tengan interés en saber quiénes son los herederos, los legatarios, los albaceas, ejecutores sucesorios, administradores, pero que no tienen un interés directo en la sucesión, como, por ejemplo, a los acreedores del causante (Hacienda, la Seguridad Social, etc.) o a aquellos que tuvieran algún contrato firmado con ellos (arrendadores, arrendatarios, trabajadores, etc.).

En cuanto a la forma y plazos de notificación, son cuestiones que el legislador europeo deja a la decisión de la autoridad emisora, salvo que su Estado nacional adopte medidas al respecto.

Es difícil precisar las consecuencias de la no notificación o de la notificación deficiente. Entendemos que solo cabría exigir, en su caso, responsabilidad a la autoridad emisora en caso de dolo o negligencia grave e inexcusable en la práctica de sus funciones, pero no se puede pretender de aquella que realice labores de investigación para saber quiénes son todos esos posibles beneficiarios y asegurarse de que llegan a conocer la expedición del CSE. La autoridad emisora debe tomar todas las medidas necesarias para informar del inicio del procedimiento y publicará anuncios en tal sentido.

En definitiva, no se pretende de esa autoridad una labor intensa de investigación; basta con que anuncie individualmente a los que pudiera conocer y publique respecto de los demás anuncios en diarios de difusión importante en aquellas poblaciones

o estados con los que el causante hubiera estado vinculado.

La falta de notificación o el ser esta insuficiente no puede, en ningún caso, perjudicar al tercero de buena fe. Como dice el antecedente 71 del Reglamento de Sucesiones, «el certificado debe surtir los mismos efectos en todos los Estados Miembros. No debe ser un título con fuerza ejecutiva por sí mismo, pero debe tener efecto probatorio y se ha de presumir que demuestra de manera fidedigna elementos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a elementos específicos, tales como la validez material de las disposiciones mortis causa. El valor probatorio del certificado no debe afectar a los elementos que no se rigen por el presente Reglamento, como la cuestión de la filiación o la determinación de si un bien pertenece al causante o no. Toda persona que efectúe pagos o entregue bienes sucesorios a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes como heredero o legatario debe recibir una protección adecuada, si ha actuado de buena fe basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado. La misma protección debe recibir toda persona que, basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado, adquiera o reciba bienes sucesorios de una persona que en el certificado figure facultada para disponer de esos bienes. La protección debe garantizarse si se presentan copias auténticas aún válidas. El presente Reglamento no debe determinar si dicha adquisición de bienes por una tercera persona es efectiva o no».

Es evidente que resulta imprescindible crear un registro nacional al que se comunique tanto la iniciación del procedimiento como la expedición del CSE, y que aquel se inter-

comunique con los de los restantes Estados Miembros. Crear un único y común registro europeo nos parece, por el momento, utópico y poco realista, aunque sería lo deseable.

M) Rectificación, modificación, anulación, recurso por expedición

Una vez expedido, el CSE desplegará sus efectos (art. 69). No obstante, cabe que el CSE adolezca de errores (art. 71) que obliguen a rectificarlo (por errores materiales, lo hará de oficio o a instancias de quien tenga interés legítimo) o a modificarlo o anularlo (hay extremos que no responden a la realidad; actuará a instancias de quien tenga interés legítimo y, si su legislación nacional lo permite, de oficio). Incluso cabe que se recurra la propia expedición del CSE (art. 72). La autoridad emisora (si se ha solicitado la modificación o anulación) o el órgano judicial (si se ha recurrido), y a instancias de parte interesada, podrán suspender los efectos del CSE (art. 73).

La autoridad emisora (en su caso, el órgano judicial) comunicará sin demora a quienes entregó copias que se han suspendido sus efectos por tenerse que modificar o anular el CSE o por haberse recurrido. Mientras dura ese proceso, no pueden expedirse otras copias autorizadas.

El CSE producirá un efecto probatorio de la información contrastada por la autoridad emisora de la que está haciéndose eco, sirviendo por ello de título legitimador en el tráfico y protegiendo a quien actúe de buena fe confiando en la misma

10. Efectos

A) Efecto probatorio

El CSE producirá básicamente un **efecto probatorio** de la información contrastada por la autoridad emisora de la que está haciéndose eco, sirviendo por ello de **título legitimador** en el tráfico y protegiendo a quien actúe de buena fe confiando en la misma.

B) Título inscribible

El legislador europeo dice que es también un título inscribible. Ahora bien, ¿lo es

directamente? Entendemos que el CSE no puede sustituir ni ignorar a los títulos sucesorios que establece cada legislador nacional. En realidad, los presupone, y solo debería emitirse si aquellos existen, sirviendo, cuando así sea, para facilitar el desenvolvimiento en el tráfico jurídico y económico, de manera que mediante él se pueda gozar de la tranquilidad de que se han cumplido los requisitos que cada legislación establece para poder aceptar como buena la información que el CSE brinda, sin tener que hacer más averiguaciones. Por ello, sería bueno que el CSE nos advirtiera de su suficiencia o no por sí solo para servir, de acuerdo con la legislación nacional por la que se rige la sucesión, de título inscribible y en qué términos (*ius ad rem*, derecho real, sobre todo el bien o solo sobre una participación indivisa del mismo). El CSE no debería nunca producir por sí solo más efectos que los títulos de los que informa y a los que absorbe. Nada impide que no los absorba y que estos deban acompañarlo para que puedan todos esos documentos servir, conjuntamente, de título inscribible. Creemos que es esta la respuesta que permite combinar las soluciones que nos ofrecen las diferentes legislaciones nacionales europeas en materia de sucesiones.

Regulan esta cuestión los arts. 1.2.k) y l), 69.5, aquellos otros a los que este se remite, el último inciso del 71 y el 68 del Reglamento, que dice: «La autoridad que expida el certificado debe tener en cuenta las formalidades que se exigen para la **inscripción de bienes inmuebles** en el Estado Miembro en que esté situado el registro. A este fin, el presente Reglamento debe prever el **intercambio de información** sobre tales formalidades entre los Estados Miembros».

La lectura y aplicación de estos artículos debe hacerse de acuerdo con los antecedentes 9 (ámbito de aplicación), 15 (creación o transmisión de derechos reales; *numerus clausus*), 16 (adaptación de derechos reales), 17 (adaptación de derechos reales desconocidos), 18 (requisitos de la inscripción) y 19 (efectos de la inscripción).

La solución no es fácil, ni pacífica. Debemos diferenciar entre los deseos del legislador europeo (realmente, la Comisión Europea) y el consenso alcanzado. Me remito a los debates legislativos y a la importante Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, que también debemos tener presente.

Desde el punto de vista del Derecho español, no creemos que el CSE sea (siempre) un título directamente inscribible por sí solo. Quizás lo sea en ciertos supuestos⁽¹²⁾. Además, dependerá de su contenido. Por otra parte, el art. 14 LH no ha cambiado, por lo que siguen siendo los títulos sucesorios el testamento, el contrato sucesorio, si se admite, o la declaración judicial o notarial de herederos abintestato, con los procedimientos especiales de homologación, adveración o protocolización a que se hayan de someter, en su caso, y los documentos que, en su caso, deban acompañarlos (por ejemplo, el certificado de defunción y el de últimas voluntades). Pero esos documentos solos no bastan, ya que, para inscribir bienes, se precisa, además, otro documento público donde se acepte la herencia y se adjudiquen y adquieran por cada heredero o legatario los bienes que les corresponden, siendo nuestro sistema diferente de aquellos otros europeos en los que la sucesión es por ley y el reparto de bienes se considera una operación no sucesoria y sí contractual, o en los que el «sucesor» es un administrador, ejecutor o liquidador, nunca el heredero, que no se subroga en la posición del causante, sino en un mero adquirente de los bienes de aquel una vez liquidada la herencia.

El legislador europeo reconoce (siempre lo ha hecho) que debe prevalecer la regla *lex rei sitae*, entendemos que para la transmisión y adquisición de los derechos reales, aunque no lo haya dicho expresamente, así como para el acceso a los registros públicos y para determinar los efectos que ello conlleva.

Así, creemos conveniente recapitular unas mínimas ideas que considero esenciales para el Derecho español:

- Nos ceñimos a las sucesiones internacionales, o sea, aquellas en las que concurre un elemento de extranjería.
- En el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales ya nacidos fuera de él, siendo escasísimas las excepciones a esta regla general.
- El CSE puede absorber los títulos sucesorios, pero no ignorarlos o prescindir de ellos. Uno y otros conviven, pero, una vez emitido aquel, puede suplirlos, si da fe de su existencia y contenido. Es importante para ello la redacción y contenido del CSE.



- El CSE no debería producir por sí solo más efectos que los títulos que le sirven de fundamento, debiendo ir acompañado de los documentos que lo complementen.
- Por regla general, será el Registrador quien, al calificar la inscripción del CSE, deba verificar si reúne los requisitos precisos para ello, lo cual no obsta para que, en la práctica, se puedan dar mecanismos de cooperación, por ejemplo, entre notarios (Red Notarial Europea, Eufides, e-Justice), a los que también se refiere el considerando 18 del Reglamento, para velar por el cumplimiento de dichos requisitos, especialmente en aquellos casos en que sea preciso garantizar que los interesados han prestado su consentimiento tras haber sido debidamente asesorados e informados.
- En ningún caso se deberán reproducir en el Estado de la inscripción procedimientos ya seguidos en el Estado de origen del CSE. Resulta por ello difícil de mantener sistemas nacionales que exigen que el documento que acceda al Registro haya sido autorizado por sus propias autoridades nacionales (Alemania, Francia, Países Bajos o Italia).
- La inscripción del dominio o de otros derechos reales sobre bienes concretos solo podrá practicarse cuando se haya justificado su adquisición conforme a la legislación que rija la sucesión, lo que obligará a justificar la aceptación de la herencia en sistemas sucesorios como el español, el austriaco o el holandés y, en su caso, la partición entre coherederos o la entrega a los legatarios, circunstancias que no siempre resultarán del CSE, el cual tampoco las exige.
- No olvidemos las dificultades prácticas que tendrán la adjudicación y el reparto de bienes si previamente se ha de determinar y, en su caso, liquidar el régimen económico matrimonial o el patrimonial de la unión de pareja, al no existir por el momento unas normas comunes en esta materia de DIPr⁽¹³⁾.

La valoración que nos merece el Reglamento 650/2012 es positiva. Sin duda alguna, agilizará y facilitará la sucesión internacional de las personas. Es un primer paso al que deberán acompañar otros más. Lo importante era comenzar a nadar. Y ojalá se sumen a la iniciativa otros muchos estados, de la UE y de fuera de ella.

- (1) Lo definen las resoluciones del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, de 23 de marzo de 2006 y de 18 de diciembre de 2008.
- (2) Realmente no lo tengo tan claro, ni era tan caro (apenas 15 euros) ni tan lenta su obtención (entre cuatro y siete días). Veremos si dicha supresión produce un aumento del número de falsificaciones. Para evitarlo, los notarios del sistema latino-germánico hemos creado el denominado SNS.
- (3) Anécdotas: el Notario suizo Pierre Natural ya estudió hace muchos años, en el seno de la CAUE, la posibilidad de crear un documento semejante que deberíamos utilizar en la práctica los notarios de estados de la UE. También el DNotl alemán hizo una sugerencia semejante, cuando encargó a los profesores Dönnner y Lagarde el estudio preparatorio del que surgiría el Libro Verde de la Comisión Europea para la confección de un proyecto de reglamento sobre sucesiones. Más de un Notario hemos librado un «testimonio» para el extranjero acreditando lo acontecido en una determinada sucesión «tramitada» en España.
- (4) Isidoro Calvo Vidal, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LIV, págs. 171 y ss.
- (5) La Instrucción de la DGRN de 10 de marzo de 1995 prohíbe a las autoridades consulares o diplomáticas españolas en el extranjero autorizar actas notariales de declaración de herederos abintestato.
- (6) La DGRN admite el certificado de últimas voluntades obtenido por el Notario bajo su firma electrónica y la del encargado de expedirla pese a que falten la firma y sello de este. El procedimiento para su solicitud, obtención e impresión se ajusta a la Instrucción de la DGRN de 22 de enero de 2008, y el documento impreso por el Notario se considera testimonio de la certificación electrónica recibida.
- (7) Esta es la interpretación que dio la STS de 3 de marzo de 1997.
- (8) La RDGRN de 26 de junio de 2012 no lo entendió así a efectos registrales y consideró que debía probarse de cara al art. 36 RH, por lo que exigió un informe, que rechazó pudiese ser hecho por el propio Notario autorizante, «para evitar la eventual "parcialidad", como acontece en el ámbito judicial». Admitió que el contenido del Derecho extranjero y su vigencia pudiesen ser acreditados al no haber *numerus clausus*, entre otros medios, por un informe emitido por dos juristas del país cuyo ordenamiento se prueba o por un dictamen académico emitido por persona o institución de solvencia en la materia.
- (9) Creo que no basta la simple comunicación de una intención en tal sentido, sino que será necesario que el recurso se haya interpuesto.
- (10) Sabido es que para ciertas legislaciones, como la española, la aceptación, expresa o tácita, es necesaria para adquirir la condición de heredero (no así la de legatario, que se presume siempre que existe). En cambio, en otras legislaciones, donde el heredero no llega realmente a suceder al causante, la aceptación no es necesaria.
- (11) No todas las legislaciones consideran la transmisión de bienes como una operación propiamente sucesoria; algunas requieren de un acto o negocio expreso para ello, de naturaleza más bien contractual (por ejemplo, Alemania). Esto nos lleva a pensar que tal partición o adjudicación debe quedar fuera del contenido propio del CSE.
- (12) Alfonso Rentería Arocena, «El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo», en *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, n.º 25, 2013, págs. 7-112, solo admite el CSE como título directamente inscribible en el Derecho español en los casos de heredero único, institución *ex re certa* o legatario de inmueble determinado y propio del testador, así como para anotar preventivamente el derecho hereditario y el del legatario (arts. 42.6 y 42.7 LH y concordantes).
- (13) Aunque finalmente se aprueben unas normas comunes, estas solo regirán para los matrimonios o las parejas formados a partir de su entrada en vigor, por lo que los problemas se mantendrán para las sucesiones de aquellos que se hubieran celebrado con anterioridad a esa fecha. La solución podría consistir en declarar inmediatamente aplicables los preceptos de esos nuevos reglamentos, concediendo a los interesados un plazo breve de adaptación (podría servir de modelo la solución que en su día se adaptó en Italia). Mientras no se aprueben los reglamentos, recomendaría a todos los prácticos del Derecho que no se limiten a la aplicación rígida de unas normas concretas, ya que cada uno podría acabar aplicando las de un Estado distinto, con las graves disonancias que ello provocaría. Creo preferible atender a la realidad de cada matrimonio, de cada pareja, averiguar cuál es el régimen que ellos han considerado suyo, a la vista de sus declaraciones y de los documentos otorgados, y considerar ese como el de ellos, a pesar de que no se ajuste estrictamente a las leyes que fueran aplicables (naturalmente, sin que ello perjudique a terceros de buena fe).

XVI Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en La Habana, Cuba

Jesús Gómez Taboada
Notario de Tordera

Entre los días 23 y 25 de noviembre del pasado año tuvo lugar, en La Habana (Cuba), la XVI Jornada Notarial Iberoamericana, en la que se dieron cita más de cuatrocientos notarios de América y España.

La Jornada constituye, junto con el Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, uno de los ejes vertebradores de los notarios americanos, entre sí y con los españoles.



I. Materias tratadas por los grupos de estudio

Como suele ser habitual, los participantes se dividieron en tres grupos para abordar otros tantos temas, que fueron los siguientes:

Tema 1. La función notarial y las nuevas tecnologías.

Tema 2. Las cláusulas abusivas y el control notarial de legalidad.

Tema 3. El matrimonio y el divorcio en sede notarial.

Los representantes españoles en cada uno de los grupos fueron: César Belda, Notario de Burjasot (Valencia), que presentó su ponencia en el tema 1; Alfonso Cavallé, Notario de Santa Cruz de Tenerife, que intervino en el segundo de los grupos de trabajo, y José Antonio Riera, Notario de Arucas (Gran Canaria), que participó en el estudio del tema 3.

Reproducimos a continuación las conclusiones a las que llegaron los participantes de cada una de las mesas de trabajo.

A) Conclusiones referentes al tema 1: la función notarial y las nuevas tecnologías

1. En relación con la seguridad jurídica y la seguridad informática, la semejanza que



existe entre ambas radica en que las dos requieren del cumplimiento de normas y elementos que aseguren los principios de sendos enfoques de la seguridad. Sin perjuicio de ello, ambos conceptos son sumamente diferentes. La primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda, mientras que en las tecnologías de la información, si bien aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, dicha automatización, sumada a la seguridad informática, no debe ser confundida con *seguridad jurídica*. Existen determinados controles que no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, como la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos con relación a la seguridad jurídica que se ofrece a los ciudadanos y al propio Estado. En este punto, la Comisión llama la atención sobre la necesidad de no suplir el juicio de identidad o conocimiento por técnicas biométricas como única o prevalente forma de identificación de las personas físicas. Del mismo modo que en cualquier esfera de la vida civil, la identificación realizada por una autoridad pública debe prevalecer sobre los rastros biométricos que acompañen a las herramientas de identificación; en la misma forma, esta Comisión RECOMIENDA que la identificación verificada por Notario, en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito de su función de control de legalidad, habida cuenta de que conlleva la responsabilidad directa y concreta sobre cada acto de identificación, no pueda ser suplida por la identificación biométrica automática que una base de datos, eventualmente falible, pueda proporcionar. No obstante, la Comisión considera que dichos tipos de bases de datos deben ser potenciados como elementos complementarios de la identificación presencial.

Tanto la seguridad jurídica como la seguridad informática requieren del cumplimiento de normas y elementos que aseguren los principios de sendos enfoques de la seguridad. Sin perjuicio de ello, ambos conceptos son sumamente diferentes

2. El Notariado ha actuado desde sus inicios en coordinación con las Administraciones Públicas. La aplicación de nuevas

tecnologías permite al Notariado proporcionar al Estado una información estructurada, completa, ágil, segura y efectiva, que en este momento no puede ser desaprovechada, dadas las actuales demandas de información. En consecuencia, esta Comisión RECOMIENDA la implementación en todos los Países Miembros de plataformas de tratamiento semántico de la información que se contiene en los documentos públicos. Tratamiento que no puede implicar, en ningún caso, una cesión indiscriminada de los datos así creados, sino una base de datos controlada bajo su custodia e incardinada dentro de los organismos notariales de cada Estado, y que permita atender los requerimientos de información que la Administración formule a través de los organismos que legalmente correspondiere, siempre mediante la oportuna justificación.

3. El Notariado reconoce su competencia para asumir la autorización de actas de presencia y constatación de hechos por internet. Se busca con ello el reflejo de hechos, actos o negocios jurídicos que deben quedar acreditados de forma permanente a través del instrumento público notarial, frente a lo efímero y cambiante del contenido de las páginas en la red. Ahora bien, dicha constatación deberá siempre realizarse con la observancia de las garantías que a continuación se refieren.

Por ello, esta Comisión RECOMIENDA:

- a) La constatación deberá realizarse con respeto y garantía de la privacidad, cuando a determinados datos se deba acceder con usuario o contraseña.
- b) Se deberá ejecutar siempre bajo la supervisión técnica del Notario, con las garantías que permitan evitar suplantaciones, remedos o copias que puedan inducir a error al Notario interviniente o a terceros sobre el contenido del acta por este autorizada.

4. Esta Comisión RECOMIENDA el desarrollo de plataformas de comunicación entre los distintos países que posibiliten en el futuro el intercambio de documentación notarial en formato electrónico. Dicho intercambio requerirá, en cualquier caso, instrumentos de validación de firmas electrónicas y garantías de que la comunicación se realiza exclusivamente entre notarios en el desempeño de su cargo.

5. Esta Comisión RECOMIENDA, a los distintos notariados, el inicio de los trabajos que permitan articular, en los distintos países, la implementación de un protocolo digital, con la capacitación de todos los notarios acreditados en cada país.

Las recomendaciones anteriores deberán articularse con pleno respeto a los principios del Notariado latino, especialmente, el de intermediación en la autorización de los documentos y el de seguridad en la conservación del documento físico.

Las recomendaciones anteriores deberán articularse con pleno respeto a los principios del Notariado latino, especialmente, el de intermediación en la autorización de los documentos y el de seguridad en la conservación del documento físico

B) Conclusiones relativas al tema 2: las cláusulas abusivas y el control notarial de legalidad

1. Los abusos en la contratación no quedan limitados a las prácticas y las cláusulas de los contratos con consumidores, sino que también se encuentran en otros negocios jurídicos donde los desequilibrios económicos, de información y otros factores son causa de desigualdades entre las partes.

2. Los contratos con consumidores no deben contener cláusulas abusivas, entendiéndose por tales todas aquellas que afecten inequitativamente a una de las partes al desnaturalizar las obligaciones a su cargo, de modo tal que impliquen un desequilibrio contractual.

3. El Notario ha de realizar siempre una función equilibradora que garantice la igualdad entre los contratantes, requisito para que exista entre ellos verdadera libertad, dando especial protección al contratante débil, que, en muchas ocasiones, será además un consumidor.

4. El Notario ha de garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que los otorgantes celebren el contrato únicamente previa reflexión

suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.

5. Las normas que regulan la función notarial han de contener mecanismos que garanticen de forma eficaz y efectiva la imparcialidad e independencia del Notario. Es contraria a la defensa de los derechos del consumidor la dependencia económica del Notario respecto de uno de los contratantes. Figuras anómalas como las del «Notario de planta» o «Notario a sueldo» de una de las partes resultan contrarias a la esencia del Notariado. Solo un Notario independiente e imparcial evitará de forma preventiva abusos entre los contratantes y ejercerá la defensa de los derechos de los consumidores.

6. Exigiendo la función pública notarial el imprescindible asesoramiento al consumidor y usuario, resulta obvio que este debe elegir al Notario que mayor confianza le merezca. Las legislaciones notariales han de adoptar medidas efectivas que garanticen este derecho y eviten al máximo cualquier práctica abusiva que impida, dificulte u obstaculice su ejercicio.

7. Ha de potenciarse la actuación asesora del Notario y su control de legalidad con carácter previo al otorgamiento, como garantía de transparencia y de la formación de una voluntad libre e informada en tiempo oportuno.

Ha de potenciarse la actuación asesora del Notario y su control de legalidad con carácter previo al otorgamiento, como garantía de transparencia y de la formación de una voluntad libre e informada en tiempo oportuno

8. Se recomienda la elaboración, en el ámbito iberoamericano de la Unión Internacional del Notariado, de una lista enunciativa de cláusulas abusivas, a fin de que sea tomada como modelo común para que sirva de guía en cada país, y que deberá ser periódicamente actualizada.

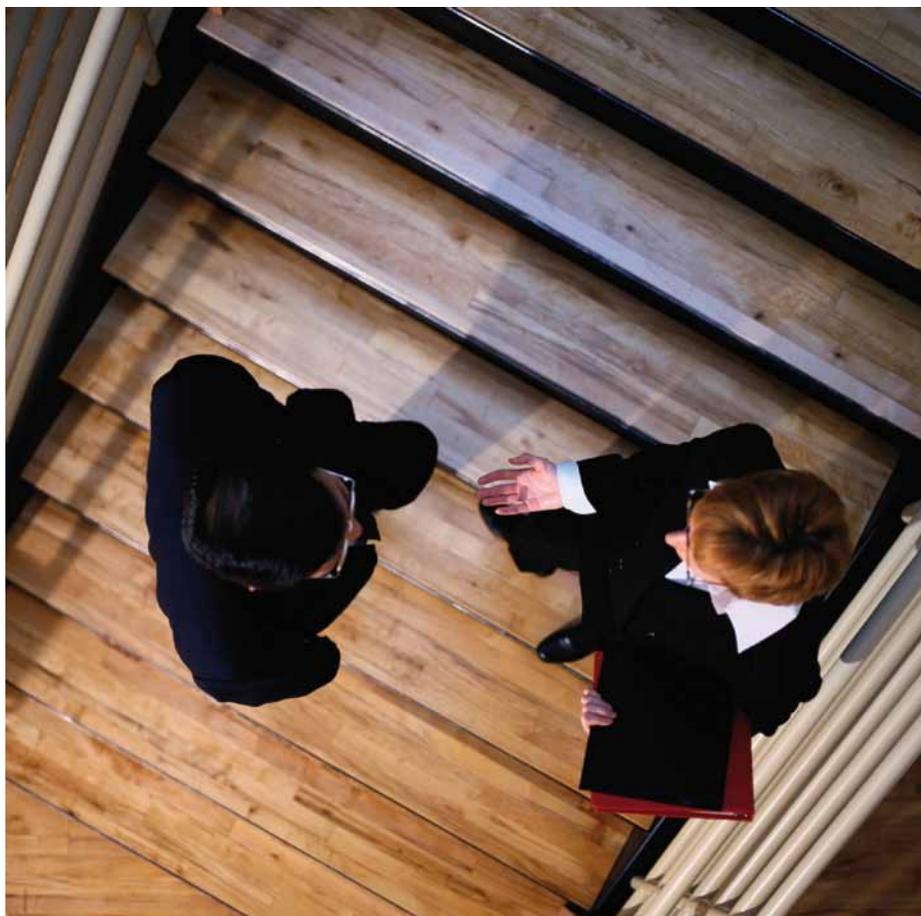
9. Resulta conveniente la creación de estructuras internas en los colegios notariales, entidades asociativas o de gobierno del Notariado que coadyuven de forma colectiva a la implementación de medidas prácticas en el ámbito de la contratación inmobiliaria y financiera, a fin de potenciar las funciones de información, asesoramiento, control de legalidad y la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

10. Los abusos en la contratación de productos financieros que se han detectado en los últimos tiempos hacen aconsejable la presencia del Notario en un mercado financiero cada vez más complejo, convergente y sofisticado, con el objeto de garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebre el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.

C) Conclusiones referentes al tema 3: el matrimonio y el divorcio en sede notarial

Considerando:

- a) Que la concepción de la familia iberoamericana en las sociedades actuales se ha ampliado.
- b) Que, no obstante, la familia sigue siendo, con sus modificaciones, la institución básica del orden social.
- c) Que, junto al matrimonio tradicional, existen vinculaciones afectivas de hecho y uniones de personas de igual sexo que evidencian una realidad social que, no siempre reconocida jurídicamente, da paso a la conformación de la familia.
- d) Que las regulaciones jurídicas en los países que otorgan legalidad a estas nuevas vinculaciones se fundan en el ejercicio de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la inclusión, el libre desarrollo de la personalidad, la solidaridad y el respeto a la autonomía de la voluntad, entre otras razones.
- e) Que el divorcio, la extinción de las uniones de hecho y cualquier otra forma de disolución de los vínculos afectivos necesitan de la tutela del Estado.
- f) Que dicha tutela estatal, a través de la intervención notarial, provee a los par-





ticulares de un ámbito propicio para el ejercicio de sus derechos con normalidad, caracterizado por el asesoramiento y el consejo, la conciliación y la mediación, la confidencialidad, un trato digno y una alta capacitación jurídica, todo lo cual consolida sus relaciones jurídicas en un marco de legalidad y equidad.

Basándose en estas consideraciones, el grupo de trabajo del tema 3 concluye:

- I. Que, dada la naturaleza de su función, el Notario está llamado a intervenir en asuntos de Derecho de Familia, en especial, el matrimonio, incluyendo las otras vinculaciones, como, asimismo, el divorcio.
- II. Que no existe fundamento jurídico para no otorgar al Notario tal competencia material.

Se insta a todos los países en los cuales no existe legislación al respecto para que formulen las modificaciones legislativas pertinentes a los efectos de incorporar competencias materiales para que el Notariado pueda intervenir

- III. Que se insta a todos los países en los cuales no existe legislación al respecto para que formulen las modificaciones legislativas pertinentes a los efectos de incorporar competencias materiales para que el Notariado pueda intervenir en:

1. La celebración de matrimonios u otras opciones de convivencia que garanticen la vida en familia en un régimen de igualdad y sin discriminación alguna.
2. Divorcios y separaciones personales, existan o no hijos menores de edad o discapacitados.
3. La liquidación y partición de bienes gananciales o comunes.
4. Convenciones previas y posteriores al matrimonio o uniones civiles o convivenciales regulatorias no



solo de los efectos personales, sino también económicos, bajo los principios de legalidad y equidad, atendiendo a los intereses de los hijos menores de edad, de acuerdo con lo plasmado en la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niños y Adolescentes.

5. La formalización por documento notarial de todas las clases de uniones de hecho y de sus efectos jurídicos, incluyendo su disolución y liquidación patrimonial.
6. El reconocimiento y eficacia extraterritorial, sin necesidad de intervención judicial, de los documentos notariales por medio de los cuales se formalice la totalidad de los actos jurídicos emergentes de las competencias materiales, ya existentes o que se legislen en el futuro.

II. Mesa redonda: «Enseñanza del Derecho Notarial en Iberoamérica»

El último día de la Jornada tuvo lugar una mesa redonda que versó sobre la «Enseñanza del Derecho Notarial en Iberoamérica», en donde se discutió sobre el tratamiento que dispensan las universidades a la enseñanza del Derecho Notarial y en la que participaron, en representación de España, Isidoro Lora-Tamayo y Jesús

Gómez Taboada. La disciplina está mucho más implantada en las facultades de Derecho iberoamericanas que en España, donde está prevista solo en algunas universidades y con carácter optativo. No obstante, debe tenerse presente que el concepto de Derecho Notarial en América es mucho más amplio que en España, pues no se refiere solo al Notario y a la actuación notarial en sentido estricto (estatuto jurídico del Notario, teoría del instrumento público), sino que se extiende a las materias, civiles y mercantiles, que son objeto habitual del trabajo del fedatario público.

III. Conferencia de Isidoro Lora-Tamayo

Por otra parte, nuestro compañero, ya jubilado, Isidoro Lora-Tamayo pronunció, en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, una conferencia que versó sobre «La protección voluntaria o negocial de la discapacidad». El conferenciante fue presentado por Leonardo Pérez Gallardo, Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la citada Universidad, que puso de relieve el permanente compromiso de Lora-Tamayo con la formación de los notarios iberoamericanos. En ese acto, el Dr. Juan Mendoza Díaz, Profesor de Derecho Procesal y Vicedecano de la Facultad, concedió a Lora-Tamayo el reconocimiento de «profesor distinguido» de dicha Facultad.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde noviembre de 2014 hasta mayo de 2015

Redacción Wolters Kluwer

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO Y DESLINDE

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre el alcance del deslinde administrativo en un conflicto de titularidades sobre una finca y la naturaleza demanial de la misma

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 389/2014 de 6 de noviembre, rec. 1344/2012, (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 54121/2015

RESUMEN: Finca adquirida e inmatriculada por los padres de la demandante, enclavada dentro de un monte incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública que fue objeto de un posterior deslinde por parte de la Administración en virtud del cual la superficie inicial del monte se vio notablemente incrementada hasta incluir el predio de la demandante dentro de su perímetro. Naturaleza y alcance del deslinde administrativo. Usucapión secundum tabulas de la finca por la demandante (art. 35 LH). El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que en el marco de aplicación de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, la inclusión de un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y su posterior deslinde, de eficacia solo administrativa, otorga una mera presunción posesoria sin incidencia directa en el conflicto de titularidades, o el carácter demanial de la finca enclavada, que deberá ser resuelto mediante los cauces pertinentes.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción declarativa de dominio y deslinde ejercitada por la demandante. La AP Cantabria revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, anula la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado.

ARRENDAMIENTO DE OBRA

Improcedencia de la llamada de terceros al proceso sobre responsabilidad derivada de una obra en construcción

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 510/2014 de 19 de enero de 2015, rec. 1315/2012 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 18361/2015

RESUMEN: Derrumbe de una nave en construcción. Distinción entre una obra en construcción y una obra construida y recibida que permita la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación. No es posible confundir la obligación que resulta de los vicios de la obra construida y recibida de la que deriva del incumplimiento de las obligaciones comprometidas en el marco del contrato de arrendamiento de servicio o de obra que hace posible su ejecución. Acción de repetición de la aseguradora del dueño de la obra contra el arquitecto y el aparejador. Improcedencia de la incorporación al proceso de quien no ha sido demandado en su condición de agente de la construcción.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de repetición formulada por la aseguradora del dueño de la obra contra el arquitecto y el aparejador. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la subcontratista del subcontratista, llamada al proceso por los codemandados, y anula el pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se declaró que la recurrente quedaba vinculada por los pronunciamientos de la sentencia en un eventual y posterior proceso.



Responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación y prescripción de la acción en el ámbito de la Ley de Ordenación de la Edificación

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 761/2014 de 16 de enero de 2015, rec. 1111/2012 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 4602/2015

RESUMEN: Vicios de la construcción. Prescripción de la acción. Con la Ley de Ordenación de la Edificación, la prescripción de la acción, en los supuestos de responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación, mantiene el mismo régimen establecido por la jurisprudencia en aplicación del art. 1591 CC, es decir, la acción dirigida contra uno de dichos agentes no interrumpe el plazo de prescripción respecto a los demás, excepto en el caso del promotor, que según la LOE responde solidariamente en todo caso, de modo que la acción dirigida contra cualquiera de los agentes de la edificación interrumpe el plazo de prescripción respecto del promotor pero no a la inversa.

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad por defectos constructivos y condenó solidariamente a los dos demandados, la entidad que se subrogó en la posición del promotor y el aparejador. La AP Álava revocó en parte la sentencia del Juzgado, absolvió al aparejador al apreciar que la acción estaba prescrita y elevó la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso formulado por la comunidad de propietarios demandante.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

El TS establece que los arrendamientos de local posteriores al 9 de mayo de 1985 y sujetos a prórroga forzosa se rigen, en cuanto a su duración, por la disp. trans. 3ª LAU 1994

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 137/2015 de 12 de marzo de 2015, rec. 3101/2012 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 55229/2015

RESUMEN: De local de negocio. Contrato celebrado bajo la vigencia del RDL 2/1985 pero sujeto a prórroga forzosa por expresa voluntad de las partes. El Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «Los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 pero celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 y sujetos a prórroga forzosa se rigen, en cuanto a su duración, por la disposición transitoria tercera de dicha Ley». Voto particular.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda formulada por la arrendadora de un local pidiendo, con carácter principal, que se declarase resuelto y extinguido el contrato por jubilación del arrendatario, así como la nulidad del traspaso realizado, y, subsidiariamente, que se declarase el 1 de enero de 2015 como fecha de extinción del arrendamiento conforme a la d.t. 3ª, letra B, apartado 2, de la LAU 1994. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y resuelve el caso, en funciones de instancia, desestimando íntegramente la demanda.

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 539/2014 de 14 de enero de 2015, rec. 2432/2012 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 1262/2015

RESUMEN: Transmisión del local arrendado. Ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario, realizando la debida consignación del precio. Reclamación de las rentas impagadas desde la fecha de la sentencia que reconoció tal derecho hasta la fecha de firmeza de la referida sentencia. Desestimación de la demanda. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario de vivienda o local de negocios se produce cuando se realiza el pertinente pago a través de la consignación, según lo previsto en los arts. 1518 y 1521 CC.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de rentas arrendaticias. La AP Granada revocó la sentencia de instancia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el arrendatario, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

AVAL

Obligación de los avalistas de cumplir el acuerdo que alcanzaron con otro avalista para liberarle del aval

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 693/2014 de 10 de diciembre de 2014, rec. 1152/2013 (Ponente: Sastre Papiol, Sebastián) LA LEY 195430/2014

RESUMEN: Obligación de los avalistas de cumplir el acuerdo que alcanzaron con otro avalista para liberarle del aval. El convenio celebrado entre las partes de liberación de aval por deuda ajena es perfectamente válido y eficaz *inter partes* y no supone obligación alguna para el acreedor a favor del cual se prestó la garantía, pues exigiría el consentimiento expreso de éste. Nada se opone a que los obligados a la liberación del aval convengan o concierten otras operaciones con terceros o por actos propios para alcanzar la finalidad perseguida. La obligación contraída ofrece dificultad pero no es de imposible cumplimiento ex art. 1184 CC.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de cumplimiento del convenio celebrado entre las partes de liberación de aval por deuda ajena. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

BANCA

La infracción del deber de información por la entidad financiera, y en concreto, del deber de realizar el test de conveniencia, no conlleva la nulidad del contrato

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 716/2014 de 15 de diciembre de 2014, rec. 48/2013 (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 180390/2014

RESUMEN: Acción de nulidad de un contrato de adquisición de un producto financiero complejo. Desestimación. Ofrecimiento de información idónea sobre las características del producto. Aplicación

de la normativa española por la que se traspuso la Directiva 2004/39/CE (MiFID). Inexistencia de labor de asesoramiento por la entidad financiera que, por tanto, no estaba obligada a realizar el test de idoneidad sino únicamente el test de conveniencia. La mera infracción del deber legal de información, y en concreto del deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de un contrato para la adquisición de un producto financiero estructurado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

COMPRAVENTA

El TS fija doctrina sobre la extinción de la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 133/2015 de 23 de marzo de 2015, rec. 2167/2013 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 37152/2015

RESUMEN: De vivienda. Extinción del contrato por mutuo disenso. Reclamación por el comprador, a la entidad avalista, de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Desestimación de la demanda. El Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda del comprador y condenaron a la entidad financiera demandada a devolverle las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la entidad demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

TS cambia su criterio interpretativo del art. 3 Ley 57/1968 en cuanto a la resolución de la compraventa de vivienda por retraso en la entrega

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 778/2014 de 20 de enero de 2015, rec. 196/2013 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 6314/2015

RESUMEN: De vivienda en construcción. Resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega con devolución a los compradores de las cantidades entregadas a cuenta. Interpretación del art. 3 Ley 57/1968. El TS rectifica el criterio de su sentencia de 9 de junio de 1986 y declara que dicho artículo introduce una especialidad consistente en que el retraso en la entrega de la vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de resolución de la compraventa formulada por los compradores y estimó en parte la reconvenición de la vendedora, declarando resuelto el contrato por incumplimiento de aquellos. La AP

Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda declarando resuelto el contrato por incumplimiento de la vendedora. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional interpuestos por la vendedora.

El pago del IVA de una compraventa se rige por lo pactado en el contrato, no por las normas administrativas sobre la posible repercusión del impuesto a los compradores

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 2/2015 de 19 de enero de 2015, rec. 614/2013 (Ponente: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 275/2015

RESUMEN: Compraventa de viviendas militares. Cláusula contractual que imponía a los compradores el pago de los impuestos derivados de la operación, habiéndose declarado en las escrituras que la transmisión estaba exenta de IVA. Resolución administrativa que estableció que las compraventas estaban sujetas a dicho impuesto y no al de transmisiones patrimoniales, que los compradores habían abonado y les fue reintegrado. Pago del IVA por la vendedora y repercusión de su importe a los compradores que fue desestimada por los Tribunales de lo Contencioso porque había transcurrido más de un año desde la fecha de devengo. Reclamación del IVA en vía civil. Estimación de la demanda. Aplicación de la doctrina jurisprudencial que hace prevalecer lo pactado en el contrato frente a cualquier incidencia de carácter administrativo, como la acaecida en la liquidación del impuesto correspondiente a los contratos de compraventa celebrados.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de reembolso del IVA formulada por la vendedora contra los compradores por diversas operaciones de compraventa de viviendas. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

CONTRATO DE PRÉSTAMO

El TS fija doctrina sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en los préstamos personales celebrados con consumidores

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 265/2015 de 22 de abril de 2015, rec. 2351/2012 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 49720/2015

RESUMEN: Reclamación de su importe. Nulidad, por abusiva, de la cláusula no negociada individualmente con el consumidor que fijaba unos intereses moratorios del 21,8 %. Consecuencias de la nulidad: supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Ante la inexistencia de una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de reclamación del importe del préstamo concedido al demandado. La AP Santa Cruz de Tenerife revocó en parte la sentencia del Juzgado y absolvió al demandado del pago de la cantidad solicitada en concepto de interés de demora. El Tribunal



Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera prestamista.

DERECHO AL HONOR

Vulneración del derecho al honor por la inclusión indebida de datos personales de los demandantes en un registro de morosos

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 672/2014 de 19 de noviembre de 2014, rec. 2208/2013 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 54121/2015

RESUMEN: Intromisión ilegítima. Inclusión indebida de los datos personales de los demandantes en un registro de morosos. Los demandantes contrataron los servicios de una empresa de seguridad pero prescindieron de dichos servicios antes del cumplimiento del plazo de permanencia pactado. La empresa de seguridad les reclamó la cantidad pactada en la cláusula penal para tal supuesto y ante el impago de los demandantes comunicó sus datos al registro de morosos. Los datos comunicados no eran veraces ni exactos pues no existía previamente una deuda cierta, vencida, exigible, que hubiera resultado impagada. Además, no se respetaron los principios de prudencia y proporcionalidad puesto que la negativa de los clientes a abonar la penalización por desistimiento cuando la cláusula que la prevé no es precisa y deja un amplio margen al predisponente para fijar el importe de la sanción, no es determinante para enjuiciar su solvencia económica, porque no viene determinada por su imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, sino por su discrepancia razonable con la conducta contractual de la demandada.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de intromisión ilegítima en el derecho al honor. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima en parte la demanda, condenando a la demandada a realizar las actuaciones necesarias para que se cancelen los datos personales de los demandantes del fichero de morosos y a pagar a cada uno de ellos una indemnización de 1.800 euros.

DESHUCIO POR PRECARIO

Desahucio por precario de la ex esposa a la que se atribuyó el uso de la vivienda familiar en proceso de divorcio

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 118/2015 de 6 de marzo de 2015, rec. 2427/2013 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 21171/2015

RESUMEN: Demanda formulada por el adjudicatario de la vivienda en proceso de ejecución hipotecaria. La demandada, ocupante de la vivienda por haberle sido atribuido su uso en proceso de divorcio, no puede oponer ese derecho de uso al adjudicatario cuando la hipoteca se constituyó antes del matrimonio por el otro cónyuge, siendo, pues, soltero y el bien privativo.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de desahucio por precario. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado.

FILIACIÓN

El interés del menor justifica que su primer apellido sea el de la madre y el segundo el del padre que ejercitó tardíamente la acción de reclamación de paternidad

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2015, rec. 2923/2013 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 8478/2015

RESUMEN: Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Pese a que, según la normativa vigente, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre, el interés del menor justifica que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron íntegramente la demanda de determinación de filiación, guarda y custodia y alimentos y orden de los apellidos respecto del hijo menor del demandante, habido de su relación sentimental con la demandada, estableciendo que el primer apellido fuese el paterno y luego el materno. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y, asumiendo la instancia, estima parcialmente el recurso de apelación y ordena que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

El Tribunal Supremo establece que las divergencias razonables entre los padres no impiden la custodia compartida

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 96/2015 de 16 de febrero de 2015, rec. 890/2014 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier) LA LEY 10275/2015

RESUMEN: Aplicación del principio de protección del interés del menor. Las discrepancias entre los padres por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los ahora litigantes, ambos profesores universitarios. Alimentos. Ambos progenitores satisfarán los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50 %.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de divorcio y, entre otras medidas, atribuyeron a la madre la custodia del hijo menor. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado y acuerda la custodia compartida de ambos progenitores.

MULTIPROPIEDAD

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del contrato de financiación vinculado al contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 776/2014 de 28 de abril de 2015, rec. 2764/2012 (Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier) LA LEY 50500/2015

RESUMEN: Nulidad del contrato. Ineficacia derivada del contrato de préstamo suscrito para el pago de los derechos de adquisición de los servicios turísticos contratados. Interpretación normativa de los arts. 10 y 12 Ley 42/1998. Improcedencia de la interpretación literal como criterio preferente y autónomo del proceso interpretativo. Procedencia de la interpretación sistemática y teleológica del contexto normativo. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que «en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sujetos a la Ley 42/1998, la nulidad del contrato de financiación, a instancia del adquirente, también está comprendida en el art. 12 de dicho Texto legal». Alcance del concepto de exclusividad recogido en el art. 15 Ley 7/1995, de crédito al consumo. El cliente pueda ejercer sus derechos frente al concedente del crédito tanto si el proveedor de los bienes o servicios le financie a través de una única entidad bancaria como si tiene acuerdos con varias entidades bancarias, siempre que el cliente no tenga otra opción o alternativa de elección posible.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de alojamiento turístico así como del contrato de préstamo suscrito para el pago de los derechos de adquisición de los servicios turísticos contratados. La AP Barcelona revocó la sentencia de primera instancia respecto a la ineficacia del contrato de préstamo, absolviendo al Banco de todas las pretensiones. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa y anula la sentencia de apelación y confirma la del Juzgado.

El TS fija doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de multipropiedad por falta de determinación del alojamiento que constituye su objeto

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2015, rec. 3190/2012 (Ponente: Salas Carceller, Antonio) LA LEY 18360/2015

RESUMEN: Nulidad del contrato por incumplimiento de las disposiciones de la Ley 42/1998. El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: «En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3º de la citada Ley». Voto particular.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato de dos turnos turísticos suscrito por los demandantes así como la de los contratos de préstamo, cuenta corriente y de seguro vinculados al anterior. La AP Barcelona 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 recurrida y confirma la de primera instancia.

PENSIÓN DE ALIMENTOS

El TS deniega la devolución de los alimentos satisfechos a una hija menor cuando se declara judicialmente que el alimentante no era el padre biológico

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 202/2015 de 24 de abril de 2015, rec. 1254/2013 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 55079/2015

RESUMEN: Reclamación de las cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos a una hija menor tras declararse judicialmente que el demandante no era el padre biológico. Desestimación de la demanda. El derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de la apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta y es efectiva hasta que se declara la realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Eficacia retroactiva de dicha sentencia. Los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación solo operan cuando sean positivos para el menor, no en el supuesto contrario. Voto particular.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reembolso de las cantidades pagadas por el demandante en concepto de alimentos. La AP Cuenca revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El TS fija doctrina sobre la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de la cláusula suelo declarada nula

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 139/2015 de 25 de marzo de 2015, rec. 138/2014 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 30006/2015

RESUMEN: Nulidad de la cláusula suelo por abusiva. Efectos restitutorios. El Tribunal Supremo fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Voto particular.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción declarativa de nulidad de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo celebrados por los demandantes, condenando a la entidad financiera a la devolución de la cantidad cobrada hasta la fecha de la demanda, en virtud de la aplicación de la referida cláusula. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada pero estima su recurso de casación y, asumiendo la instancia, estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y declara que los efectos de restitución derivados de la declaración de nulidad de la cláusula no se extienden a los pagos de intereses efectuados en aplicación de ella anteriores a la fecha de publicación de la sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Sumisión al convenio de acreedores del titular de un crédito contra la masa que hizo dejación de sus derechos impugnatorios



Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 146/2015 de 26 de marzo de 2015, rec. 1348/2013 (Ponente: Sastre Papiol, Sebastián) LA LEY 31774/2015

RESUMEN: Acción resolutoria de contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del plazo de entrega por la vendedora-concursada. Desestimación de la demanda. Vinculación del demandante, titular de un crédito contra la masa, al convenio de acreedores en el que se novaron las obligaciones de la concursada, prorrogando 8 años el plazo de entrega. La falta de impugnación de la lista de acreedores y del convenio aprobado impide al demandante reclamar en un procedimiento ordinario lo que debió ser deducido ante el juez del concurso. Si el incumplimiento del concursado se produce después de declarado el concurso, el art. 62.1 LC no obliga a la parte cumplidora a solicitar la resolución del contrato, pero su inactividad la aboca a la fuerza vinculante del convenio.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de resolución de contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del plazo de entrega por la promotora-concursada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante.

La responsabilidad por déficit concursal sólo procede en caso de apertura de la fase de liquidación o de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 108/2015 de 11 de marzo de 2015, rec. 1020/2013 (Ponente: Marín Castán, Francisco) LA LEY 28742/2015

RESUMEN: Calificación del concurso como culpable. Responsabilidad por déficit concursal. Solo procede en caso de apertura de la fase de liquidación o bien en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia calificaron el concurso como culpable, declararon a los administradores de la concursada como personas afectadas por dicha calificación y les condenaron solidariamente a indemnizar a la concursada en determinada cantidad. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por los administradores y deja sin efecto la condena que se les impuso a indemnizar solidariamente a la concursada.

Imprudencia de la rescisión concursal del préstamo hipotecario destinado a ampliar el saldo de una póliza de crédito que la concursada tenía con la entidad prestamista

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 58/2015 de 23 de febrero de 2015, rec. 1047/2013 (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 18358/2015

RESUMEN: Acción rescisoria de un préstamo hipotecario suscrito por la concursada. Desestimación. No se aprecia perjuicio para la masa activa en la constitución de una garantía real sobre un préstamo destinado a ampliar el saldo disponible de una póliza de crédito que la concursada tenía con la entidad prestamista, y que no gozaba de garantía real, en la medida en que se amplió el crédito disponible y se prorrogó el plazo de vencimiento de la póliza de crédito durante un año.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción rescisoria concursal ejercitada por la administración concursal en la que pedía la ineficacia de una escritura de préstamo hipotecario otorgada por la concursada. El Tribunal Supremo estima el recurso

de casación formulado por la entidad bancaria prestamista, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

PROPIEDAD HORIZONTAL

El TS fija doctrina sobre la legitimación pasiva del titular registral de la vivienda que no es deudor de los gastos comunitarios reclamados

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 211/2015 de 22 de abril de 2015, rec. 319/2013 (Ponente: Baena Ruiz, Eduardo) LA LEY 42227/2015

RESUMEN: Reclamación de gastos comunitarios al titular registral de la vivienda que ya no era propietario de la misma. Desestimación de la demanda. El Tribunal Supremo fija como doctrina que «cuando el deudor de cuotas por gastos de comunidad de propietarios, por obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincide con el titular registral, la reclamación frente a éste solo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre».

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de gastos comunitarios. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y, asumiendo la instancia, desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Juzgado.

REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

El TS fija como doctrina jurisprudencial que la demanda contra la calificación del Registrador se debe dirigir contra el Registrador responsable de dicha calificación

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 762/2014 de 14 de enero de 2015, rec. 3033/2012 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 1932/2015

RESUMEN: Impugnación de la calificación negativa emitida por el Registrador. Legitimación pasiva. El Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «La demanda contra la calificación del Registrador o de la Registradora formulada en juicio verbal se deberá dirigir contra el Registrador o la Registradora responsable de dicha calificación».

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de impugnación de la calificación registral negativa formulada contra la Administración del Estado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la DGRN, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

SEPARACIÓN DE BIENES

Separación de bienes: la compensación económica del art. 1438 CC no procede cuando la esposa compatibilizó el cuidado de la casa con un trabajo fuera del hogar

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 135/2015 de 26 de marzo de 2015, rec. 3107/2012 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) LA LEY 37153/2015

RESUMEN: Compensación económica del art. 1438 CC. Ratificación de la doctrina del Tribunal Supremo. No es necesario el enriquecimiento del cónyuge que debe pagar la compensación pero la dedicación del otro cónyuge al trabajo para el hogar ha de ser exclusiva, lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de divorcio formulada por la esposa y, entre otras medidas, impuso al esposo la obligación de abonar a la actora, en concepto de compensación por contribución a las cargas del matrimonio durante la vigencia del régimen económico matrimonial de separación de bienes, el importe de 530.000 euros. La AP La Rioja revocó en parte la sentencia del Juzgado y rebajó la cuantía de la compensación a 371.000 euros. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación formulado por el esposo y casa la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere al pronunciamiento referente a la compensación económica, que deja sin efecto.

SOCIEDAD ANÓNIMA

El TS anula varios acuerdos aprobados por la junta general de Iberdrola que limitaban los derechos de información y voto de los accionistas

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 608/2014 de 12 de noviembre de 2014, rec. 664/2013 (Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) LA LEY 49720/2015

RESUMEN: Impugnación de acuerdos sociales. Estimación parcial de la demanda. Nulidad de los acuerdos que aprobaron las reformas estatutarias que restringían el ámbito del derecho de información del socio, ampliaban las facultades de los administradores o del presidente de la junta para denegar la solicitud de información, limitaban el derecho de voto de los accionistas de acuerdo con el «Sistema de Gobierno Corporativo» de la sociedad y privaban de tal derecho al accionista que asistiese a la junta representado por aquel a quien había cedido su derecho de voto a cambio de una contraprestación o ventaja patrimonial.

ITER PROCESAL: El Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao desestimó la demanda de impugnación de acuerdos sociales que modificaban los estatutos de la sociedad. La AP Vizcaya revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte el recurso de casación interpuesto por la demandante y estima parcialmente la demanda en el sentido de ampliar el número de artículos modificados cuya aprobación es anulada.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Responsabilidad de la sociedad parcialmente escindida por deudas anteriores a la escisión traspasadas a una sociedad beneficiaria de dicha escisión

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 8/2015 de 3 de febrero de 2015, rec. 1013/2013 (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio) LA LEY 10066/2015

RESUMEN: Escisión parcial. Responsabilidad de la sociedad escindida respecto de las deudas anteriores a la escisión traspasadas a una sociedad beneficiaria. La responsabilidad de la sociedad escindida será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda formulada en reclamación del importe impagado de un préstamo concedido a la sociedad absorbida por la demandada. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ésta.

Nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales por no reflejar la imagen fiel de la sociedad al vulnerarse las normas de contabilidad

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 589/2014 de 3 de noviembre de 2014, rec. 490/2013 (Ponente: Sastre Papiol, Sebastián) LA LEY 155257/2014

RESUMEN: Acción de impugnación de acuerdos sociales relativos a la aprobación de las cuentas anuales por no reflejar la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. Estimación. Vulneración de las normas de contabilidad por ocultar en el balance la incorporación de un solar en el activo de la sociedad fruto de un pacto parasocial (operación de permuta) celebrado entre los socios.

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de impugnación de acuerdos sociales. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes, anula la sentencia recurrida y declara nulos los acuerdos impugnados.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Calificación jurídica de un escrito de la causante como testamento ológrafo

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia 682/2014 de 25 de noviembre de 2014, rec. 3095/2012 (Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier) LA LEY 160395/2014

RESUMEN: Calificación jurídica como testamento ológrafo de un escrito de la causante en el que legaba un piso de su propiedad a determinada persona. Del texto literal del escrito se desprende la «voluntad de testar» corroborada por otros elementos extrínsecos. Cumplimiento de los requisitos formales del testamento ológrafo: la autografía total, la firma y la fecha. Entrega a la legataria de la posesión y el derecho de propiedad del bien legado. Revocación parcial del testamento abierto anterior.

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en la que interesaba la declaración de validez y eficacia de un testamento ológrafo. La AP Asturias revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, anula la sentencia de apelación y estima sustancialmente la demanda.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

LEGÍTIMA

El testador puede imputar a la legítima el capital de un seguro de vida del que él mismo es tomador y asegurado y del que es beneficiario el legitimario

Sentencia n.º 56/2014, de 28 de julio (Ponente: Maria Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: El causante, fallecido durante la vigencia del CS, legó a un hijo una parte de su dinero y del capital de los seguros de vida que tenía suscritos, «en total pago de sus derechos legitimarios y, en lo que exceda, como mera liberalidad». El legitimario reclama a la heredera, pues, «no siendo el capital del seguro un bien de la exclusiva, plena y libre propiedad del causante, no cabía que en el testamento dispusiera el causante que esta cantidad se imputase al pago de la legítima. Por tal razón, estima, debe recibir de la heredera [...] euros, con independencia del capital correspondiente al seguro de vida del que resultó ser en parte beneficiario y que ya ha cobrado». La Audiencia entendió, por el contrario, que, con el capital correspondiente a los seguros de vida que el actor había percibido, se diese por pagada su legítima.

El TSJC desestima el recurso. En primer lugar, decide que la atribución imputable a la legítima hecha por el testador es válida y admisible en el Derecho Civil de Cataluña. De entrada, reconoce que tanto la Ley del Contrato de Seguro como el Tribunal Supremo «han venido sosteniendo que el beneficiario del contrato de seguro de vida adquiere el capital del seguro iure proprio y no iure hereditatis, porque este no ha llegado a ingresar en el patrimonio del causante». Así, el art. 88, 1.º, de la

Ley del Contrato de Seguro dispone que «la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro». Y la STS de 14 de marzo de 2003 añade que «el beneficiario es distinto de los herederos, aunque puedan coincidir, y las cantidades que como beneficiario del seguro ha de percibir son de su exclusiva propiedad [...], por lo que no se integran en la herencia del causante y, consecuentemente, no responden de sus deudas». Por lo tanto, entiende que «salvo en lo relativo a las primas satisfechas [...] en tanto que desembolsos gratuitos no usuales del tomador-estipulante a favor del asegurador que reducen el caudal relicto y benefician por vía indirecta al beneficiario-donatario», las cuales considera computables a los efectos del cálculo de la legítima, salvo las primas, pues, el capital no es computable por no formar parte de la herencia.

Sin embargo, el TSJC precisa: «No obstante lo anterior, a los efectos que interesan en esta litis —que no son otros que comprobar si el causante puede imputar el cobro del capital del seguro a abonar la legítima del hijo—, deben realizarse las siguientes precisiones sobre la causa y la naturaleza del derecho del beneficiario». Así, entiende que, «en el caso que nos ocupa, la causa de la atribución o designación del recurrente como beneficiario en parte de las pólizas de vida suscritas en su día por el causante, realizada en su testamento, fue la de hacer pago con el capital asegurado de sus derechos legitimarios. Por tanto, aunque el cobro del seguro se produzca al margen de la herencia, no por ello ha de entenderse que el causante no pueda hacer la designación del beneficiario con la finalidad de que el cobro del capital se impute a la legítima».

Tras examinar la institución de la legítima en Cataluña y remarcar el debilitamiento de la institución en nuestros tiempos, añade que «el Derecho Civil de Catalunya siempre ha reconocido un amplio margen al causante de la sucesión para atribuir la legítima en la forma que tuviese por conveniente», por lo que «la atribución realizada por el

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es>

causante [...] es válida, tanto si se entiende como legado de designación que en el momento de la apertura de la sucesión se convierte en crédito de inmediata exigibilidad, como si se considera una forma especial de atribución de legítima tal y como contempla el art. 350 in fine del CS, sin que ninguna norma del ordenamiento imponga su nulidad, al no verse afectados ni perjudicados los derechos legítimos del demandante, sometidos al Derecho imperativo».

Por otra parte, conforme al art. 358 CS, si los bienes atribuidos por el causante al legitimario en pago de la legítima no son propiedad del causante, «el legitimario puede optar entre aceptar simplemente el legado o renunciarlo y exigir lo que por legítima le corresponda». De lo que deduce el TSJC que, en el presente caso, el legitimario no puede aceptar la condición de beneficiario del seguro, cobrándolo, y reclamar además la legítima. También se apoya en el art. 359 CS, que establece como imputables a la legítima las donaciones por causa de muerte otorgadas a favor del legitimario por el causante, así como las donaciones *inter vivos* otorgadas por el donante como imputables a ella o que sirvan de pago o de anticipo a cuenta de la legítima.

COMENTARIO: Resumiendo, según el TSJC: 1) el capital del seguro de vida no es computable a efectos del cálculo de la legítima, ya que no forma parte de la herencia; 2) a pesar de ello, el causante sí puede disponer que, si el beneficiario es legitimario, se dé por pagado de la legítima con el capital que haya recibido.

Entiendo que dichas afirmaciones son totalmente contradictorias entre sí e irreconciliables. Porque no es lógico que el capital del seguro de vida se considere como no integrante del *relictum* o del *donatum* a efectos del cómputo de la legítima y sí lo sea a efectos de su atribución e imputación. Si el capital es del beneficiario sin pasar por la herencia y sin efectos sobre la legítima, no se sostiene que el causante pueda atribuirlo en pago de la legítima y sea imputable a la misma. No he visto en la presente sentencia ningún argumento que pueda evitar esta contradicción (reconozco que no entiendo la relevancia que pueda tener en este tema «la causa» de la atribución hecha por el causante).

La referencia al art. 358, II CS crea mayor confusión. El supuesto de hecho que prevé este precepto es claro: el testador atribuye al legitimario, en pago de legítima, un legado de un bien que no es de su propiedad, por lo que concede al legitimario-legatario la facultad de renunciar al legado de cosa ajena y, no obstante, conservar su derecho a reclamar la legítima. En el caso que tratamos, el testador haría al legitimario un legado de un bien ¡que es del legitimario!, que es lo mismo que decir que nada le lega: es un legado nulo, inexistente (y se pretende, además, que sea imputable a la legítima), por lo que sencillamente no es aplicable el art. 358 CS.

El argumento del debilitamiento de la institución de la legítima en la época actual tampoco me parece convincente (si realmente es un argumento, pues no resulta claro de la sentencia), pues parte de la (si se me permite, ingenua) suposición de que el capital del seguro (no computable, según el TSJC) será normalmente superior al de las primas pagadas por el causante (sí computables, según el TSJC).

La solución a este supuesto sería simple si, como creo que debería ser, se aceptase que el capital o indemnización del seguro de vida forma parte de la herencia del causante a efectos del cómputo, atribución e imputación de la legítima. Pero tanto el Supremo como el TSJC se resisten a aceptarlo así y, como ocurre en el presente caso, se ven obligados a hacer malabarismos para evitar las contradicciones y consecuencias injustas que tiene su doctrina.

El presente supuesto de hecho y el implícito reconocimiento por parte del TSJC de las consecuencias indeseadas del criterio tradicional sobre el mismo me reafirman en la opinión, que ya defendí en el comentario a la STSJC 14/2010, de 7 de abril (*La Notaria*, 2/2010, págs. 82 y 83), de que la indemnización del seguro de vida debería considerarse integrante del caudal relicto a efectos legítimos. Los argumentos, que no voy a reproducir aquí, se basan en criterios de equidad y en la naturaleza jurídica de la legítima catalana: los bienes recibidos por los legitimarios por liberalidad del causante se computan necesariamente para el cálculo de la legítima (arts. 355, 2.º CS y 451-5.b CCCat). La doctrina mayoritaria y el TSJC, sin embargo, consideran computables las primas pagadas por el causante y no el capital del seguro recibido por el legitimario, lo que, en mi opinión, contraría el espíritu de los preceptos citados, que entronca con el fundamento equitativo que se supone tiene la legítima en nuestros días y que atiende más al «reparto» de bienes entre los legitimarios que al «esfuerzo» económico realizado por el causante. Así lo deduzco de los arts. 355 CS y 451-5 CCCat, que computan los bienes de la herencia y los donados por el causante por el valor que tengan en el momento de morir este, con independencia de si el coste para él fue superior o inferior.

Las reticencias a la admisión del capital del seguro de vida como computable a efectos del cálculo de la legítima parecen resultar de la consideración de que dicho capital no forma parte integrante de la herencia, cuestión sobre la cual no existe discusión, pero tampoco las primas pagadas por el causante forman parte de ella. Para resolver esta cuestión, puede considerarse que existe una donación a favor del beneficiario. Así, VALLET califica el contrato de seguro de vida como un contrato a favor de tercero que implica una donación *mortis causa* indirecta a favor del beneficiario («Las donaciones *mortis causa* indirectas en el Derecho Civil y en el Mercantil», en *Estudios sobre donaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 223 y ss.). Por la alegación al art. 359 CS, la sentencia parece entender que existe una donación, posiblemente una donación *mortis causa*, pero las donaciones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, son computables para calcular la legítima (arts. 355 CS y 451-5 CCCat).

En definitiva, para sentar una doctrina coherente, o bien se considera que lo que es imputable a la legítima son las primas del seguro pagadas por el causante y no el capital (pues aquellas son computables y este no lo es), o bien se estima que el capital del seguro de vida es computable, atribuible e imputable a la legítima, lo que considero preferible por las razones expuestas.

AUTOTUTELA

La delación de tutela hecha por el incapaz en escritura de autotutela solo puede dejarse sin efecto por el Juez cuando se acredita debidamente, y no por simples indicios, la modificación sobrevinida de las causas en las que aquella se basó

Sentencia n.º 73/2014, de 13 de noviembre (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: En un expediente de incapacitación judicial, se declaró la incapacidad legal de una persona que había otorgado una escritura pública de autotutela en la que designaba tutor a su hijo y establecía un Consejo de Tutela. Sin embargo, la sentencia de primera instancia no designa tutor por haber apreciado «indicios, que no pruebas», de irregularidades por parte del hijo en la gestión del patrimonio de su padre; por ello, posterga el nombramiento de tutor al «correspondien-



te expediente de jurisdicción voluntaria, una vez firme esta resolución». La Audiencia Provincial de Barcelona, basándose también en dichos indicios, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el hijo reclamando su nombramiento como tutor. Para ello, se apoyó en el art. 222-9.2.a CCCat, conforme al cual la autoridad judicial puede prescindir de la delación voluntaria de la tutela «si se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria».

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia. Señala que «la STSJC de 12 de mayo de 2003 ya puso de relieve que son los principios de libertad individual y de respeto a la autonomía de la voluntad los que favorecen, con las cautelas ya señaladas, el respeto a la delación voluntaria, de tal manera que, en el caso que ahora nos ocupa, solo se podrá dejar sin efecto por la autoridad judicial la previsión efectuada por el incapaz cuando los que tengan legitimación acrediten la modificación sobrevenida de las causas explicitadas para hacer la delación o las que presumiblemente las impulsaron», lo cual no se ha producido. Por otra parte, dispone que la acreditación de estas posibles causas no debe diferirse a un procedimiento de jurisdicción voluntaria posterior, sino que ya debía haberse discernido en el propio proceso de incapacitación, ya que, conforme al art. 760.2 LEC, la sentencia que declara la incapacitación tiene que nombrar a la persona que haya de asistir o representar al incapaz y velar por él, sin que ello se pueda diferir a un procedimiento de justicia voluntaria ulterior.

COMENTARIO: Creo acertado el criterio del TSJC. La voluntad de la persona, expresada en un instrumento público otorgado con las debidas garantías legales para ello, no puede quedar desvirtuada mediante simples indicios que apunten a una modificación de las causas, como dice la sentencia, «explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria», sino que dicha modificación debe acreditarse debidamente ante la autoridad judicial.

LEGÍTIMA Y CAUTELA SOCINI

El testador puede limitar las facultades de disposición y administración de los bienes de sus hijos mayores de edad si estos reciben por herencia o legado una atribución superior a lo que les corresponde por legítima

Sentencia n.º 79/2014, de 15 de diciembre (Ponente: Maria Eugènia Alegret Burgués)

RESUMEN: El testador, fallecido en 2011, instituyó herederos a sus hijos menores de edad, encomendando la administración de los bienes que heredasen a dos hermanos del testador hasta que cada uno de los hijos alcanzase la edad de veinticinco años, excluyendo a la madre de los hijos de su administración y prohibiendo a estos la disposición por cualquier título de los bienes de la herencia a favor de su madre o de su familia materna.

La madre, después de aceptar la herencia en nombre de sus hijos menores, solicitó, en su propio nombre y en el de los hijos, la nulidad de dichas cláusulas (salvo la relativa a la institución de herederos), «por vicio del consentimiento o subsidiariamente por inidoneidad de los administradores nombrados», y que «se declarase que la cuota legítima de los menores no podía quedar sometida a ningún sistema de administración, teniéndose por no puesta la establecida en el testamento». La sentencia de primera instancia no aceptó dichas peticio-

nes, pero la Audiencia sí declaró que debía tenerse por no ordenada la administración de la herencia desde que los hijos cumplieren la mayoría de edad en lo que se refería «a los bienes integrantes de la legítima a favor de cada uno de los hijos».

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia en aplicación del art. 451-9 CCCat, que viene a regular la llamada *cautela Socini* u *opción compensatoria*. En su apartado 1, este precepto prohíbe al causante «imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran como no formuladas». Sin embargo, en su apartado 2 establece: «Como excepción a lo establecido en el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que le corresponde al legitimario por razón de la legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda». Y el apartado 3: «Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2».

De la lectura sistemática de estos preceptos infiere el TSJC que «el legislador catalán ha optado por una garantía mínima de la legítima únicamente en términos de “valor”, de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria que permite al legitimario comprobar y decidir si le compensa aceptar las atribuciones que le ha realizado el causante a título de herencia o de legado con las limitaciones impuestas en el testamento (porque estime que estas superan el valor de la legítima en sentido estricto), o bien renunciar a ellas para obtener únicamente la legítima, en forma cuantitativa y cualitativamente preservada».

Por otra parte, no comparte la afirmación realizada por la Sala de Apelación de que, cuando los herederos coinciden con los legitimarios, no cabe la opción prevista en el apartado 2 del art. 451-9 CCCat. Aunque la renuncia del heredero o legatario a estas atribuciones supone la renuncia a la legítima (art. 451-7.1), ello es porque el legislador entiende que en tales casos tampoco le interesará la legítima, «pero es claro que, para el caso de que la herencia o legado se encuentren gravados con limitaciones, existe una previsión legal expresa en los artículos 451-7.2 y 451-9.2 a cuya regulación debe estarse preferentemente. El artículo 451-9.3 claramente menciona como optantes al heredero o legatario legitimarios. La legislación no permite, pues, al heredero-legitimario solicitar la supresión de las cargas o limitaciones impuestas por el testador sobre la legítima, manteniendo al mismo tiempo las atribuciones patrimoniales que exceden de esta. Debe prevalecer la voluntad del testador, que es ley y principio de la sucesión en Catalunya, cuando no se aprecia perjuicio alguno para el legitimario. La aceptación de la herencia por parte del heredero-legitimario implica que ya no puedan ser reducidas las cargas cuando el valor de lo atribuido es superior a la cuarta parte de la herencia».

En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida consideró «que el testador no podía limitar la libertad de disposición y administración de los bienes de los herederos mayores de edad en relación con el crédito legitimario, al tener en cuenta únicamente [según el TSJC] el apartado primero del art. 451-9 CCCat y no la excepción contenida en el segundo y el tercero de sus apartados, también aplicables en el caso de autos».

COMENTARIO: Poco tengo que añadir a esta sentencia, que considero totalmente ajustada a Derecho. El art. 451-9.1 CCCat, al regu-



Sentencias

lar la intangibilidad de la legítima, habla de «condiciones», «plazos», «modos», «usufructos», «otras cargas» y «fideicomiso». Y el art. 451-9.2, al recoger la cautela Socini, habla de la disposición sometida a «alguna de las limitaciones a que hace referencia» el apartado 1. En principio, la limitación de las facultades dispositivas o de administración del legitimario sobre los bienes atribuidos en pago de la legítima (pues todos los bienes que se le atribuyen lo son, aunque sobrepasen el importe de aquella: art. 451-7.1) podría considerarse como un modo (art. 428-1.1: «El modo permite al causante imponer al heredero o legatario una carga, un destino o una limitación»). No obstante, doctrina y jurisprudencia, aun sin calificarlo como tal, han interpretado de forma amplia la relación del art. 451-9.1 (pese a tratarse de una norma prohibitiva y de una excepción al principio general de la libertad de testar), incluyendo en ella otras limitaciones no expresamente citadas, tales como la prohibición de disponer, el nombramiento de un albacea universal o de un administrador de los bienes o la prohibición de partir la herencia (LAMARCA, *Comentarios*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 1351). La cuestión no ha sido planteada en el caso que comentamos, pero quizás sería técnicamente más correcto si el art. 451-9.1 hablara de «otras cargas o limitaciones».

Tampoco ha sido citada la prohibición que el testador expresa de que los hijos dispongan de los bienes de la herencia, «por cualquier título, a favor de su madre o de la familia materna». Tal prohibición está permitida con carácter general (es decir, fuera del ámbito de la legítima) por el art. 428-6, pero con las limitaciones recogidas en este precepto, en especial, la de que no podrá exceder de la vida de una persona física determinada, determinación que es bien recogida en el testamento al limitarla a los hijos del testador (no afectaría, por lo tanto, a los sustitutos vulgares de los hijos).

La Audiencia parece haber resuelto con base en el argumento de que si el heredero es legitimario, con base en el art. 451-7.1, al renunciar a la herencia, también estará renunciando a la legítima, por lo que la limitación impuesta perjudica a su legítima. No obstante, es evidente, y este es a mi juicio el núcleo de la cuestión en el caso que nos ocupa, que la cautela Socini constituye una excepción a dicha norma general y que el heredero puede renunciar a la herencia reservándose el derecho a reclamar la legítima. De otro modo, el art. 451-9.2 carecería de sentido. Que pueda reservarse tal derecho en cualquier otro supuesto, esto es, cuando el testador no ha limitado o gravado su legítima, es cuestión más dudosa; el art. 451-7.1 emplea la expresión «se entiende que el legitimario renuncia también a la legítima», lo que da a indicar que se trata de una simple presunción que podría desvirtuarse por la manifestación expresa del legitimario de reservarse su derecho a la legítima. Sin embargo, opino que el testador dispone de la libertad de obligar al legitimario a percibir la legítima mediante la atribución que aquel ha realizado, si reúne las condiciones cuantitativas y cualitativas que le impone la ley. Por ello, el art. 451-7.1 *in fine* debería decir que, en caso de renuncia a la herencia o legado atribuidos en pago de legítima, el legitimario pierde el derecho a reclamar la legítima, con la excepción del art. 451-9.2.

Finalmente, añadir que todas las referencias hechas a la herencia o legado deben entenderse extendidas, en este caso, al heredamiento o pacto de atribución particular hechos en pacto sucesorio. En el caso de la donación, al ser solo imputable a la legítima por regla general si el legitimario lo consiente (art. 451-8.1), no se plantea la cuestión, pues el legitimario habrá aceptado también la limitación.

LEGADO SUJETO A CONDICIÓN

La condición impuesta al legatario de parte de un local de que renuncie al arrendamiento sobre la totalidad del local no es ilícita

Sentencia n.º 80/2014, de 18 de diciembre (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

RESUMEN: La causante, fallecida en 2007, era propietaria de un local arrendado a su hijo que era el domicilio de dos sociedades de las que el hijo era administrador y socio junto con su esposa. En su testamento previó la división material del local en tres partes y legó una a su hijo; otra, a un nieto (nombrado heredero), y la parte restante, a otro nieto, ordenando al hijo arrendatario que desaloje las partes del local correspondientes a los otros dos legatarios dentro de los noventa días siguientes a su fallecimiento o, en caso de no hacerlo, «perderá todos los derechos en dicho legado, en favor de sus nietos».

El hijo interpone demanda dirigida a obtener la declaración de nulidad de la condición impuesta por la testadora al legado que se le confirió. El Juzgado de Primera Instancia reconoce la validez de la condición y declara que: a) no es ilícita, puesto que «a priori [...] la elaboración notarial del testamento conlleva implícita una garantía de cumplimiento de la legalidad asegurada por el Notario/a interviniente», y, en cualquier caso, el actor no ha aportado prueba alguna de la que se desprenda dicha ilicitud; b) no es ambigua ni carece de sentido, sino que, por el contrario, sus términos literales «son claros y tienen pleno sentido: para evitar disputas, al parecer, previstas con pleno acierto por la causante, entre su heredero y [los] legatarios»; c) no solo no se ha demostrado que sea de imposible ejecución, sino que su cumplimiento podría haberse efectuado fácil y oportunamente, y, en última instancia, no es cierto que su cumplimiento dependa de terceros ajenos a la cuestión sucesoria, en concreto, las sociedades domiciliadas en el inmueble, teniendo en cuenta que el actor es el administrador de las mismas y que era él «quien abonaba los recibos, que, a mayor abundamiento, se libraban a su nombre». En cambio, la Audiencia Provincial entiende que el arrendamiento no puede «dejarse sin efecto sin seguir los trámites establecidos legalmente para declarar la extinción o resolver el contrato suscrito, acreditando las causas previstas legalmente para ello», ni la causante podía «disponer mortis causa, vía testamento, lo que no podía disponer en vida», de manera que, al hacerlo así, estaba «infringiendo de modo claro y evidente lo dispuesto en la ley», por lo que, conforme al art. 159 CS, la condición debía considerarse nula y tenerse por no puesta.

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia, pues «no existe ningún impedimento legal para que los derechos del arrendatario del local de negocios sean renunciados inter vivos por su titular [...] por lo que la disposición testamentaria de legado por virtud de la cual el arrendador [...] condicione mortis causa su alcance a la efectividad de la renuncia de dichos derechos no puede tildarse de ilícita, ni siquiera en consideración a la afectación de los eventuales subarrendatarios, a quienes habrá de afectar necesariamente la renuncia del subarrendador».

El actor también alega que la división del local es «de imposible ejecución». Ignoramos la superficie del local, pero la sentencia declara que no le consta que las partes resultantes de la división no sean susceptibles de uso separado e independiente, y que, en todo caso, de ser así, correspondía al actor acreditarlo con base en el art. 217.2 LEC, pero parece que no ha intentado justificar ni la imposibilidad material ni la legal (esta última, a través de la denegación de la licencia de parcelación).



COMENTARIO: Considero acertada plenamente la sentencia del TSJC. El legatario arrendatario tenía la opción de continuar como arrendatario de todo el local o bien renunciar al arrendamiento y adquirir el legado de parte del local. Mediante su actuación, ha optado tácitamente por lo primero. Lo que no puede pretender, y pretende a través de la demanda interpuesta, es acumular ambos derechos, lo que no se ajusta a la voluntad de la testadora. Evidentemente, no hay nada ilícito en la renuncia voluntaria al arrendamiento.

El CS, aplicable como Derecho transitorio por razón de la fecha del fallecimiento de la causante, no establece el concepto de *condición ilícita* ni el de *condición imposible*, cuando en sus arts. 158 y 159, en sede de institución de heredero pero aplicable a los legados por la remisión del art. 427-11.2, dispone que se tendrán por no formuladas. Los arts. 423-16 y 423-17 CCCat repiten en lo básico el texto del CS. Respecto de las condiciones imposibles, poco hay que añadir a los argumentos del TSJC. En cuanto a las ilícitas, la doctrina las define como aquellas que prevén un hecho o una conducta prohibida por la ley o por la moral (SEUBA, *Comentari al llibre quart...*, vol. I, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 369), criterio seguido correctamente por la sentencia que comentamos.

SERVIDUMBRES

El título de constitución puede ser explícito, implícito o tácito, dado el principio espiritualista que rige en nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual

Sentencia n.º 8/2015, de 2 de febrero (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: En 1890 se dividió una casa en dos y se vendió cada parte a dos compradores distintos, antecesores de los litigantes. En las dos escrituras de venta se hizo constar que la casa se vendía «*con todas sus pertenencias, usos y servidumbres*», sin especificar en qué consistían dichas servidumbres, las cuales no constaban tampoco inscritas en el Registro de la Propiedad. Lo cierto es que una de las casas dispone desde muy antiguo (se ignora exactamente desde cuándo) de unas aperturas sobre la otra, y ahora el propietario del supuesto predio sirviente pide el cierre de dichas aperturas. El propietario del supuesto predio dominante reconviene y solicita el reconocimiento de la servidumbre en la sentencia, a lo que acceden los tribunales en primera y segunda instancia, sobre la base de que las escrituras de venta de 1890 son título suficiente de constitución de la servidumbre. La sentencia de la Sala de Apelación se basa también en las consideraciones de que «*los intervinientes en las compraventas eran perfectos conocedores de la situación física y real y que desde la finca [del recurrente] [...] eran fácilmente visibles las aperturas, [por lo que] existía la voluntad común de constituir la servidumbre de luces y vistas. Y esta conclusión se vería también avalada por la inexistencia de otras servidumbres, la falta de controversia entre las sucesivas generaciones de vecinos y el hecho de que, de no ser así y según el Derecho catalán, se podría llegar al cierre de unas aperturas que siempre han existido y que, de cerrarse, dejarían sin luz las estancias principales, con el coste que abrir nuevas aperturas y reestructurar las estancias hubiese supuesto para un comprador del año 1890 y la afectación a la baja del precio*».

El TSJC confirma la sentencia de la Audiencia y entra, además, en el examen, que aquí más interesa, de la naturaleza del título de constitución de la servidumbre, pues el recurso de casación se articula «*para denunciar la infracción del principio de libertad de fincas*

que rige en el Derecho catalán», y el recurrente alega que es necesaria «*una indudable base probatoria para la pretensión por vía inductiva del título constitutivo y que, incluso, las sentencias que acogen la tesis más espiritualista, como la del TSJC de 20 de febrero de 1990, precisan que ha de quedar constancia fáctica del título y de su contenido, y ello no se cumple en el presente caso*».

El TSJC contesta citando su propia jurisprudencia, en concreto, las SSTSC de 5 de febrero de 1990, de 20 de diciembre de 2004 y de 10 de mayo de 2012. Según la primera de ellas, dado el principio espiritualista que rige en nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual, la voluntad constitutiva de una servidumbre se puede manifestar «*de forma explícita (hablada, escrita o mímica), implícita (hechos concluyentes) e incluso tácita, cuando en una situación o circunstancias determinadas se mantiene el silencio cum loqui, et debit et potuit... [...] y en el caso de autos [de la sentencia de 1990] se dan unos hechos, un comportamiento activo y pasivo [...] de significación tan evidente e inequívoca que, por si hubiera alguna duda, revelan la más total aquiescencia*». Y añade la STSJC de 10 de mayo de 2012 que «*no requiere la ley de una forma especial para dicho negocio de constitución, sobre todo cuando se realiza mediante actos inter vivos, por lo que la servidumbre se constituye por los modos o formas ordinarios previstos en cada caso. No obstante, su existencia debe ser cumplidamente probada, pues los inmuebles se presumen libres y sin cargas que los afecten*».

En definitiva, la sentencia que examinamos declara probada, con base en los hechos expuestos, la voluntad de las partes contratantes de establecer un gravamen real de servidumbre que limite el dominio, por lo que mantiene la interpretación que sobre dicha voluntad realizaron las sentencias de instancia y, con base en el principio espiritualista en materia contractual que permite que el título constitutivo se pueda producir de manera explícita, implícita o tácita, declara la existencia del título constitutivo voluntario.

COMENTARIO: La duda que de entrada me plantea esta sentencia es si en realidad estamos ante un caso de servidumbre adquirida por usucapión, pues podría darlo a entender la cita a la sentencia de 1990, en particular, a los comportamientos «*activo y pasivo*» de las partes y sus antecesores, así como los argumentos de la visibilidad de las aperturas y de la ausencia de controversia entre las generaciones sucesivas, utilizados en la argumentación final de la sentencia que comentamos. En especial, el título «*tácito*» podría equipararse al comportamiento activo por la parte que pretende el Derecho y permisivo por la parte que lo soporta, que justifica ordinariamente la adquisición por usucapión. Recordemos que, según el art. 566-2.4 CCCat, ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión. La sentencia de 1990 (que no cita la usucapión, pero que se dicta sabiendo de su admisibilidad) es anterior a la Ley 22/2001, que introdujo esta novedad en nuestro Derecho. Posiblemente, el TSJC de 2015, al citar los argumentos de la sentencia de 1990, debería haber hecho alguna referencia a la delimitación entre los conceptos de *adquisición por usucapión* y *adquisición por título tácito*, so pena de volver al régimen anterior a 2001 bajo la apariencia de una figura diferente. Además, tampoco hubiera sido un inconveniente que la sentencia hubiese reconocido la adquisición de la servidumbre por usucapión, ya que, dada la antigüedad de los hechos probados, bien podía haberse consolidado la usucapión antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2001, por lo que simplemente ahora se estaría reconociendo la existencia de una servidumbre constituida antes de 2001, que no se vería afectada por la nueva normativa a este respecto.

DONACIONES IMPUTABLES A LA LEGÍTIMA

La expresión «no colacionable», en una escritura de donación a un legitimario, debe entenderse como ‘no imputable a la legítima’. Para que la donación hecha a un hijo con la finalidad de que emprenda una actividad profesional se presuma imputable a la legítima, debe haber proporcionado al donatario independencia personal o económica

Sentencia n.º 9/2015, de 9 de febrero (Ponente: Joan Manel Abril Campoy)

RESUMEN: El causante, fallecido en 2010, había otorgado en 1999 escritura pública de donación a uno de sus hijos de un negocio de farmacia en el que trabajaba el donatario como farmacéutico, habiéndose pactado que la donación tendría el carácter de «no colacionable». En su testamento, posterior a la donación, el padre nombró heredera a su otra hija e imputó a la legítima de su hijo la donación del negocio de farmacia. El hijo reclamó a su hermana la legítima, sin descontar de su importe el de la donación recibida. En primera y segunda instancia, se estimó íntegramente la demanda.

El TSJC desestima el recurso de casación interpuesto por la heredera. La recurrente alega, según la sentencia, que «la interpretación correcta del artículo 451-8.2 a) [cuya infracción por la Sala pretende] debe vincularse a la debilitación de la legítima, de manera que, como norma general, se tiene que imputar a la legítima de los descendientes la donación de los negocios dirigidos a servir de sostenimiento para el futuro, con la excepción de que el causante disponga lo contrario. Afirma también que la Audiencia otorga relevancia a unos términos (no colacionable) que nada tienen que ver con la imputación a la legítima de donaciones a favor de los hijos, sino a las operaciones de partición, donde actúa la colación. Y, en segundo término, considera que la interpretación restrictiva de la Sala, según la cual el legitimario se encontraba ya trabajando desde hacía años con su progenitor y el motivo de la donación era la jubilación del padre, significa que el precepto solo se podrá aplicar a supuestos excepcionales y extremos. Y ello no tiene lógica, porque las donaciones para la adquisición de primera vivienda se imputan a la legítima del hijo por el simple hecho de ser primera vivienda».

El TSJC considera, en primer lugar, la aplicación del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por razón de la fecha de defunción del causante, y la novedad que dicha norma introduce, en materia de legítima, de declarar imputables, salvo pacto expreso, las donaciones hechas a los hijos para adquirir la primera vivienda o para emprender una actividad que les proporcione independencia personal o económica, como establece el art. 451-8.2, letra a).

La sentencia no comparte la interpretación que la recurrente hace de este precepto (aquí altero el orden seguido en la sentencia para poder seguir el hilo argumental). Interpreta que el legislador intenta «potenciar la vida independiente de los legitimarios frente a la obtención en su día de un valor patrimonial. Y es desde esta óptica de ideas que la [recurrente hace una] interpretación extensiva y alejada de la finalidad que busca el precepto, que contempla una donación de signo finalista, y la regulación de la institución no puede ser admitida. En efecto, en el caso que nos ocupa, la donación del negocio de farmacia no se efectúa para que el legitimario pueda emprender una actividad profesional que le reporte independencia, sino que este ya disfrutaba de la independencia económica previa, como así ha sido declarado probado en la instancia, a la vez que la donación del negocio de farmacia se conecta con el hecho de la jubilación del titular de la farmacia y padre del legitimario».

En cuanto a la interpretación de la expresión «no colacionable» contenida en la escritura de donación, el TSJC afirma que «el término colación se utiliza en ocasiones no para hacer referencia a la operación de la colación, propia de la partición», y entiende que, en realidad, se utiliza, «a veces, para indicar que los actos a título gratuito son computables (cfr. art. 818 CC “[...] al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”), o bien que determinadas atribuciones a título gratuito y en concepto de legítima no son imputables (como se puede observar en escrituras notariales que utilizan esta terminología). Desde el punto de vista técnico y riguroso, existen tres operaciones que no pueden ser confundidas, como son la computación e imputación legitimaria y la colación». A continuación delimita tales operaciones en la forma que es habitualmente conocida, de lo que deduce que, en este caso, «no consta que [la donación] se efectuase en pago o a cuenta de la legítima, de forma que la inclusión de una cláusula en la que se afirmaba que la donación no era colacionable podía tener dos interpretaciones posibles: una, que se utilizase la palabra en su sentido técnico y más riguroso» (fácticamente posible, pues el causante podía tener en mente, en el momento de otorgar la donación, instituir como herederos a sus dos hijos), y «la otra posible interpretación, que es la realizada por la Sala de Apelación, es entender que el término no colacionable quería hacer referencia a la voluntad del causante de no imputar a la legítima la donación del negocio de farmacia [...] pero, en todo caso, para que operase la imputación de la misma, sería necesario el establecimiento expreso en el momento en que se otorga, sin que se pueda oponer posteriormente [...] por lo tanto, de la declaración de que la donación es “no colacionable” mal se puede inferir la imputación de la legítima, máximo cuando la regla tradicional del Derecho catalán, y que ahora recoge con claridad el artículo 451-8.2 a) [...] es que las atribuciones gratuitas efectuadas en vida no son un anticipo de la legítima, de manera que no se imputan a la legítima».

COMENTARIO: En lo relativo a la interpretación de la expresión «no colacionable» en la escritura de donación, puedo afirmar, por experiencia propia, que los notarios la utilizaban (o la utilizan, aunque diría que cada vez menos en Cataluña) como equivalente a ‘no imputable a la legítima’. El origen de tal confusión terminológica radica, como apunta el propio TSJC, en el Código Civil español (fuente primordial hasta la fecha de la formación de los notarios que ejercemos en Cataluña), que utiliza la expresión «donaciones colacionables» como equivalente a ‘donaciones imputables a la legítima’ en el art. 818 (de tanto memorizarlo, parece que se nos ha quedado grabado en el inconsciente). Y es que no puede tener otro significado, ya que no se puede tomar en sentido literal, porque la colación es una operación particional, ni se puede traducir por ‘no computable para el cálculo de la legítima’, ya que el donante no puede decidir o pactar con el donatario el carácter computable o no computable de la donación —art. 451-5, letra b).

Por lo tanto, ya solo queda examinar si la donación efectuada se presume imputable por entrar dentro del ámbito del art. 451-8.2, letra a). La respuesta, como bien dice el TSJC, ha de ser negativa, pues este precepto exige que la donación haya proporcionado al legatario «independencia personal y económica», cuestión que no concurre en este supuesto, como queda dicho. El criterio legal puede ser todo lo desacertado que se quiera (así lo entiende LAMARCA, *Comentarios*, vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 1344 y 1345 —opinión que comparto—, que considera que al menos debería haberse extendido a los casos, como el presente, en que el causante se jubila), pero no deja lugar a ninguna otra interpretación.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en enero, febrero y marzo de 2015

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 7 de enero de 2015 (BOE 36, 11-II-15: 1330)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo a favor de Hacienda, por el IRPF del esposo, sobre una finca que era ganancial, pero que al tiempo de la presentación del mandamiento consta ya inscrita como de la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales. El artículo 85 de la Ley 18/1991, del IRPF (aplicable al caso), establece la ganancialidad de la deuda. Para anotar el embargo es precisa una declaración de responsabilidad del bien inmueble adjudicado a la esposa por las deudas tributarias de su marido contraídas constante la sociedad de gananciales. En el supuesto resuelto, tal declaración se aporta, pero en fase de recurso, por lo cual la Dirección dice no poder tenerlo en cuenta.

Resolución de 15 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1679)

En 2009 se practicó la anotación preventiva de embargo B; a continuación, consta la inscripción de dominio a favor del recurrente; en 2012 se practicó la anotación C, acordando mantener y modificar el mismo embargo que dio lugar a la anotación B, y en 2013 se practica la anotación D, que modifica y amplía el embargo anterior.

En una resolución anterior —Resolución de 29 de abril de 2014 (BOE 152, 23-VI-14: 6585)—, la Dirección entendió caducada la anotación B, por haber sido practicada más de cuatro años atrás, aunque el embargo fue objeto de modificación posterior anotada durante la vigencia de la primera anotación. No toda modificación de una anotación de embargo implica prórroga de la misma, si no lo ordena así precisamente. La modificación de una anotación preventiva pro-

ducirá los efectos que el ordenamiento prevea para cada supuesto concreto (ampliación de embargo, subrogación procesal, etc.).

Ahora bien, la resolución que ahora se resume entiende que, no obstante, las anotaciones C y D están vigentes, y deniega su cancelación. No son de prórroga, sino de mantenimiento y modificación del embargo. El hecho de que publiquen la modificación de un embargo cuya anotación caducó y de que sean posteriores a la adquisición del recurrente podría justificar que su cancelación se intentase mediante la tercera de dominio ante el Juzgado que ordenó la traba (artículos 594 y siguientes LEC), pero no justifica su cancelación por caducidad.

Resolución de 28 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2218)

Se refiere al problema de qué asiento es más apropiado para hacer constar la conversión de un embargo preventivo en ejecutivo. Para la Dirección, la nota marginal no es apropiada, pues se prevé solo para reflejar modificaciones referidas a la cuantía del embargo y no supone la prórroga de la anotación, salvo que se ordenase expresamente. Por contra, lo más acorde con la legislación hipotecaria es extender una nueva anotación preventiva conectada con la primera mediante la oportuna nota marginal de referencia: la prioridad y efectos de la anotación de conversión se retrotraen a la fecha de la anotación de embargo preventivo, pero su plazo de caducidad se cuenta desde su propia fecha.

En el caso resuelto, se practicó anotación preventiva en 2009. El mandamiento judicial que ordenó la conversión exigió nota marginal, y así lo practicó el Registrador en 2011. Ahora se pide prórroga de la anotación inicial. La Dirección lo admite: la anotación inicial está vigente, pues no se canceló y su duración debe computarse desde la extensión de la nota.



Resoluciones

Es diferente el caso de la **Resolución de 5 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2232)**, donde consta anotado un embargo preventivo en 2009, consta por nota marginal de 2010 su conversión en embargo ejecutivo, pero consta también la cancelación del embargo en 2013. Ahora la Dirección confirma la imposibilidad de anotar la prórroga del embargo, porque la cancelación es un asiento ya practicado que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 14 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2570)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda porque la finca está inscrita a nombre de persona distinta del demandado. No cambia esta solución el hecho de que la demanda se refiera a una tercería de dominio, puesto que, cuando el auto firme de adjudicación que sirvió de título de adquisición al actual titular fue presentado al Registro, no había constancia alguna de la interposición de tal tercería, por lo que no pudo el Registrador valorar la existencia de lo que habría sido un obstáculo registral.

Resolución de 16 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2685) y Resolución de 20 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2694)

Una vez caducada la anotación de embargo de la que deriva la adjudicación que se presenta a inscribir, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a dicha anotación. 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 febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2686)

Consta anotado un embargo por demanda a un cónyuge con mera notificación al otro, pese a constar en el Registro que la sociedad de gananciales estaba disuelta por divorcio. Este asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que ahora, cuando se quiere hacer constar la ampliación del embargo por costas, no puede pretenderse que la demanda se dirija contra ambos cónyuges.

El artículo 613 LEC permite la ampliación de embargo no solo por nuevos intereses y costas generados en el procedimiento ejecutivo, sino también por nuevos importes de principal, siempre que tuviesen el mismo origen que el débito original, lo cual es aplicable a las costas ya existentes en un procedimiento y cuya exigibilidad pudiera implicar el devengo de intereses de las mismas.

Resolución de 6 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3021)

En su día se presentó un mandamiento judicial ordenando la práctica de una anotación preventiva de querrela, que fue calificada negativamente, estando pendiente de recurso ante la Dirección, hasta cuya resolución ha quedado suspendido el plazo del asiento de presentación.

Ahora se presenta otro mandamiento que ordena una anotación preventiva de demanda. El Registrador lo califica negativamente por falta de tracto sucesivo (artículo 20 LH). Para la Dirección, procede la

denegación, pero no por razones de fondo, sino porque la existencia de título previo y conexo pendiente de recurso obliga a suspender la calificación y la vigencia del asiento de presentación a la espera de la resolución del recurso contra aquel.

ARRENDAMIENTOS

Resolución de 15 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 571)

El 15 de diciembre de 2009 se dictó, en procedimiento de ejecución hipotecaria, auto de adjudicación a un banco de una finca, que se manifestó libre de arrendamientos. El 11 de enero de 2010 se celebró contrato de arrendamiento sobre la misma, en el cual actuó como arrendador persona distinta del banco. El 27 de abril de 2010 se inscribió el auto. En 2014 se eleva a público el contrato y se presenta a inscripción, que es denegada, al estar la finca inscrita a nombre de persona distinta del arrendador. En fase de recurso, la recurrente aporta otro auto de 2011 que deniega la pretensión del banco ejecutante y adjudicatario de que se declarase extinguido el arrendamiento y acuerda la no procedencia del lanzamiento de la arrendataria.

La Dirección confirma la negativa a la inscripción de la elevación a público del arrendamiento por falta de tracto. El auto de 2011 no puede ser tenido en cuenta por haber sido presentado después de la calificación, pero es que, además, el hecho de que el adquirente de finca arrendada quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador —incluso cuando fuere tercero hipotecario— no implica excepción de los principios básicos de nuestro sistema registral, como los de salvaguardia judicial de los asientos y la exigencia de consentimiento del titular registral: aunque este quede sujeto al arrendamiento concertado por su transmitente, el reflejo registral de tal contrato exige consentimiento de aquel o resolución judicial.

Resolución de 16 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 572)

Admite la inscripción de una sentencia que, como consecuencia del ejercicio de la acción de división de cosa común, ordena la venta en pública subasta de una finca, que acaba siendo adjudicada a algunos de quienes ya eran condueños. No es preciso que los adjudicatarios manifiesten la ausencia de arrendamientos o la práctica de la notificación a que se refiere el artículo 25 LAU.

En este caso no hay un negocio de adquisición de cuota con reducción del número de comuneros, sino que se trata de una verdadera extinción de comunidad seguida del nacimiento de otra. La finca bien pudo haber sido adquirida por terceros. Al ser adjudicatarios algunos de quienes ya eran comuneros, no tendrán que abonar todo el precio ofrecido, sino que tendrán que restar la parte correspondiente a su cuota de propiedad. En principio, el derecho de adquisición preferente procede en las ventas judiciales como la presente. Ahora bien, produciéndose la adquisición por quienes tienen la condición de comuneros, el retracto arrendaticio resultaría inoperante, pues primaría en todo caso el retracto a favor de los comuneros (número 4 del artículo 25 LAU).

Resolución anulada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 12 de Málaga de 15 de septiembre de 2014, publicada mediante **Resolución de 5 de febrero de 2015 (BOE 46, 23-II-15: 1817)**:

Resolución de 5 de octubre de 2012 (BOE 264, 2-XI-12: 13610). Deniega la inscripción de una escritura de elevación a pú-



blico de un contrato privado de arrendamiento cuyo objeto es un club de playa, jurídicamente configurado como parte de una finca matriz vinculada *ob rem* a otras veintidós fincas segregadas de la misma. Como arrendadora actúa la comunidad de propietarios. Los actos de gravamen, disposición y desvinculación de este elemento requieren consentimiento individualizado de los afectados, además del acuerdo unánime de la comunidad. Dada la duración (catorce años) del arrendamiento del supuesto, es dudoso calificarlo como acto de gestión. En el certificado acreditativo del acuerdo de junta no consta la identificación de los comparecientes, ni su correspondencia con los titulares registrales, ni si el resultado de la votación es la unanimidad o cuasiunanimidad. Además, el hecho de no constar en el Registro la legalización de los libros de la comunidad supone la falta de regularidad formal del representante de la comunidad. Ciertamente, los artículos 3-2 y 6-2 del Real Decreto 297/1996 flexibilizaron las exigencias impuestas por el principio de especialidad, al permitir la inscripción de arrendamientos que afectasen a parte de una finca sin exigir segregación, pero siempre que se consignen sus datos identificativos, así como su cuota, si pertenece a una propiedad horizontal, y los gastos atribuidos al arrendatario. No obstante, el título calificado no cumple ni siquiera eso, pues no describe correctamente el inmueble en cuanto a ubicación, linderos y superficie.

Resolución de 26 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2214)

Declara inscribible un contrato de arrendamiento de nave industrial por plazo de cinco años —no constando que sea susceptible de prórroga—, a pesar de que solo comparecen por la parte arrendadora propietarios que reúnen los dos tercios de las participaciones de la comunidad.

En general, el arrendamiento constituye acto de administración y solo exigirá la capacidad para disponer cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones o duración puedan ser considerados actos de disposición. Así, el Código Civil se fija en el dato de la duración: cuando el arrendamiento exceda de seis años, el tutor necesitará autorización judicial (artículo 271-7.º) y no podrá ser realizado por los padres ni por los administradores sin poder especial (artículo 1548). El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no transmuta su naturaleza jurídica. Por ello, el artículo 271-2.º CC no exige autorización judicial para que el tutor realice cualquier acto susceptible de inscripción, sino solo para los que tengan carácter dispositivo.

CANCELACIÓN

Resolución de 9 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 562)

Admite la cancelación de asientos ordenada por una sentencia que anula un cuaderno particional. La sentencia se limita a identificar el causante y el documento anulado, sin describir las fincas ni individualizar las inscripciones que hayan de practicarse. Ciertamente, los títulos en cuya virtud se solicite la inscripción deben contener todos los datos precisos para su práctica (artículo 21 LH). Ahora bien, si resulta indubitado el asiento o asientos que deban cancelarse, no puede incurrirse en un exceso de formalismo, exigiendo descripción de fincas e identificación de asientos. En el caso resuelto, habrán de cancelarse los asientos de las fincas que aparecían a nombre del causante y que en virtud del cuaderno particional han pasado a los herederos, siempre que no hayan sido transmitidas a terceros.

Resolución de 9 de enero de 2015 (BOE 36, 11-II-15: 1333)

Deniega la cancelación por caducidad de una hipoteca de máximo, otorgada en 2004, en garantía de todas las cantidades pendientes de pago al banco acreedor por razón de las operaciones detalladas y sus sucesivas renovaciones o ampliaciones con un máximo de diez años. El plazo pactado no es el de caducidad convencional de la hipoteca, sino el lapso durante el cual las obligaciones contraídas serán garantizadas con ella. Además, la escritura permite a las partes denunciar con antelación la finalización del contrato, lo cual confirma que el plazo es de cobertura y no de hipoteca, porque no sería admisible que la duración de esta última quedase a voluntad del hipotecante. La cancelación automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto.

Resolución de 9 de enero de 2015 (BOE 36, 11-II-15: 1334)

Deniega la cancelación de una condición resolutoria en garantía de un contrato de vitalicio, que se pretende por caducidad sobre la base del pacto que prevé la extinción de la condición por transcurso de tres meses tras el fallecimiento del alimentista-cedente. En la Ley de Derecho Civil de Galicia, el vitalicio es el contrato por el cual, a cambio de la cesión de unos bienes o derechos, el cesionario queda obligado a la asistencia y cuidado del cedente, por lo cual no hay propiamente precio aplazado y no cabe encuadrarlo en el supuesto del último párrafo del artículo 82 LH. Además, no puede deducirse de manera clara y directa la caducidad del asiento por el transcurso del plazo de tres meses, sino que más bien es el plazo que se conviene para que el cedente o sus herederos puedan resolver el derecho. Para que el transcurso del plazo tenga virtualidad cancelatoria, es preciso expresar que no lo es solo de vigencia del derecho en cuestión, sino también del asiento que lo refleja. La cancelación pretendida requiere consentimiento del titular o de sus herederos y, en su defecto, resolución judicial.

CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA

Resolución de 15 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 570)

Deniega la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para inmatriculación de fincas, por existir discordancia entre la cabida expresada en el título y en la certificación catastral descriptiva y gráfica, que debe aportarse y ser totalmente coincidente, por exigencia del artículo 53 de la Ley 13/1996, respecto de todos los títulos inmatriculadores, ya sean notariales, administrativos o judiciales, y en todos los casos, aunque el título fuese anterior a la entrada en vigor del artículo citado. La total coincidencia entre la certificación y el título se refiere a la situación, superficie y linderos, sin que pueda aplicarse el margen del 10 % de la cabida previsto para la constatación de la referencia catastral. Ahora bien, la Dirección no considera defecto la discordancia personal en cuanto a los titulares colindantes, remitiéndose a la doctrina sentada por la Resolución de 5 de agosto de 2014: una vez concretados los datos catastrales del inmueble que se inmatricula y los de los inmuebles colindantes, la concreción de cuáles sean las fincas inmatriculadas colindantes y quiénes son sus propietarios resultará de sus historiales registrales.

También constituyen defectos: la falta de vigencia de la certificación, pues, según la normativa del Catastro, las certificaciones descriptivas y gráficas tendrán una validez de un año desde la fecha



Resoluciones

de su expedición (siempre que durante ese tiempo no se produzcan modificaciones en las circunstancias determinantes de su contenido); la falta de acreditación de las citaciones a las personas exigidas en el artículo 201 LH (en particular, a los colindantes reconocidos en el propio título inmatriculador), y, por último, la contradicción en que incurre el auto al señalar que el promoviente y su esposa estaban casados en gananciales en el momento de comprar y, sin embargo, resolver posteriormente la inmatriculación con carácter privativo.

Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 576)

Deniega la modificación del contenido del Registro en cuanto a tres fincas registrales, pretendida con base en los certificados catastrales de catorce parcelas que se dicen coincidentes con ellas. La modificación pretendida es acto previo a unas segregaciones y una división de condominio, cuyo resultado final coincide con el contenido del Catastro. Supone un exceso de cabida en cuanto a dos fincas registrales y, además, tres parcelas catastrales figuran a nombre de quien no es ni adquirente ni transmitente. Por todo ello, resulta imposible establecer la oportuna correspondencia con las fincas registrales.

En un sistema de folio real como el nuestro, la adecuada descripción de las fincas es elemento esencial. Por ello, su modificación debe hacerse con cautela y bajo la calificación registral. La certificación catastral descriptiva y gráfica es medio idóneo para modificar la descripción de las fincas inscritas (artículo 53 de la Ley 13/1996), pero siempre que pueda establecerse la identidad entre la descripción física de la finca en la certificación y en el Registro (número 8 del citado artículo). A esta identidad física, añade el artículo 298 RH que la finca debe estar catastrada a nombre del transmitente o adquirente, como requisito para las inmatriculaciones por título público, pero no así para las pretendidas por expediente de dominio o certificación administrativa. Incluso en las inmatriculaciones por título público, el requisito de estar catastrada la finca a nombre del transmitente o adquirente ha sido dispensado en casos donde no ha quedado comprometida la finalidad normativa de coordinar Registro y Catastro: cuando la finca está catastrada a nombre del titular del título previo (Resolución de 5 de junio de 2006), y cuando lo está a nombre del cónyuge de uno de los transmitentes, que, además, consiente en la escritura (Resolución de 26 de abril de 2003). Pero, fuera de estos casos, como ocurre en el supuesto resuelto, la concordancia con el Catastro debe seguir los procedimientos previstos al efecto y no puede hacerse en contra de la previsión normativa.

CESIÓN POR OBRA FUTURA

Resolución de 29 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2222)

Deniega la constancia registral de una sentencia que anula una cesión a cambio de obra futura. Primero, porque la sentencia se ha dictado en rebeldía procesal de la sociedad demandada, lo que obliga a aplazar la inscripción no solo hasta que la sentencia sea firme, sino también hasta que hayan pasado los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía (artículo 524-4 LEC). Segundo, porque, constando en el Registro hipotecados, embargados y/o transmitidos la mayor parte de los departamentos, no han sido parte en el procedimiento estos terceros titulares de derechos diferentes de la cesionaria-demandada. Y tercero, porque

la calificación de los documentos judiciales se extiende también a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente, por lo que ha de exigirse la identificación suficientemente de los asientos a los que se refieren los mandamientos o documentos judiciales cancelatorios.

COMUNIDAD

Resolución de 20 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1870)

Admite la inscripción de una escritura de segregación y extinción de comunidad, mediante la cual se solicita que el embargo que grava la cuota de un comunero se arrastre exclusivamente al resto, quedando libre la finca que se adjudica a otro condueño, y todo ello sin necesidad de consentimiento de la parte acreedora.

Los terceros pueden concurrir, oponerse o impugnar la división, pero no pueden decidir cómo se lleva a cabo ni prohibirla. La existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, que no precisa del consentimiento del acreedor para dividir, sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho por el artículo 123 LH cuando la hipoteca afecta a toda la finca. Cuando la carga recae solo sobre una cuota, la división implica por subrogación real el arrastre de la carga a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000), en virtud del artículo 399 CC.

CONDICIÓN

Resolución de 11 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 566)

Consta inscrita la cesión gratuita de un inmueble a favor de un Ayuntamiento, reservándose los cedentes el usufructo durante diez años a contar desde la concesión de licencia municipal de obras y uso para la actividad de bar-restaurante en dicho inmueble. Ahora los cedentes pretenden la revocación unilateral de la donación por haber incumplido el Ayuntamiento la condición establecida, pues el bar ha venido siendo explotado por una sociedad mercantil, sin que hubiese sido notificada a los donantes la concesión de la licencia que marcaba el inicio del plazo de diez años, y que, además, desconocen si se paga o no renta y quién la percibe. La Dirección deniega la revocación pretendida: la escritura de cesión gratuita no incluye ninguna condición en sentido propio cuyo incumplimiento produzca la resolución automática del negocio, y, aun cuando se admitiera que se trata de una donación con imposición de un modo consistente en la obtención de determinada licencia municipal, tampoco consta que su cumplimiento se hubiese contemplado no como modo simple, sino como determinante de la eficacia de la donación. Por todo ello, a falta de acuerdo entre las partes, hará falta resolución judicial sobre la existencia de causa de ineficacia del negocio.

Resolución de 12 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2565)

Deniega la inscripción de una venta otorgada por el representante de la titular registral haciendo uso del poder que aquella confirió al incorporarse a determinada comunidad de propietarios, toda vez que, según se indica en la escritura, la titular había incumplido sus obligaciones económicas como comunera, por lo que procedería la «baja» de la misma, según las normas rectoras de la comunidad, y, en uso del poder, la transmisión del departamento que en su día se le adjudicó al integrarse en ella.



La Dirección recapitula algunos principios básicos de nuestro Derecho de Obligaciones e Hipotecario. Registralmente, la prueba del cumplimiento o incumplimiento de una condición no puede fundarse en la sola afirmación de una de las partes, aunque así se hubiese estipulado, pues eso equivaldría a dejar la eficacia del contrato a su voluntad (artículo 1256 CC). Son exigibles por analogía los requisitos previstos para obtener la reinscripción en virtud del incumplimiento de condiciones resolutorias explícitas (artículo 1504 CC): aportación del título del vendedor; notificación al adquirente — sin oposición de este— de quedar resuelta la transmisión, que deberá ser judicial o notarial (y no por mero burofax, como en el supuesto resuelto), y acreditación de la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o a los titulares de derechos extinguidos por la resolución. El poder conferido no atribuye al apoderado una facultad indiscriminada e incondicionada para transmitir o declarar el incumplimiento unilateral, sino que las fatales consecuencias derivadas del ejercicio del poder hacen imprescindible acreditar indubitada y fehacientemente el incumplimiento contractual alegado. El juicio notarial de suficiencia de facultades representativas debe ser congruente con el negocio documentado, por lo cual, si aparece contradicho por el contenido del propio documento, debe considerarse como no admisible para acreditar la representación.

Resolución de 5 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3018)

Deniega la inscripción de la compra de una finca sita en zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, que queda sometida a la condición suspensiva de aportar la autorización militar previa exigida por los artículos 18 y 20 de la Ley 8/1975, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. La parte compradora son dos cónyuges extranjeros, que compran por mitades indivisas y están representados mediante apoderado designado en un poder otorgado en Inglaterra; la esposa es nacional comunitaria (y, por tanto, no precisa de la citada autorización, según adicional introducida por el artículo 106 de la Ley 31/1990), pero el marido no lo es, por lo cual se pacta que, si el marido no cumple la condición de aportar la preceptiva autorización en doce meses, la compradora será solo la esposa.

Lo pactado no es una verdadera condición, sino una *conditio iuris*, es decir, un hecho ajeno o extrínseco al negocio, pero que el legislador exige para que surta efecto. Dentro de este supuesto se engloban las autorizaciones exigidas por la ley vinculadas a la eficacia del negocio. Las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia ley exige como requisito de eficacia, pues sería una fácil vía de burlar tal exigencia.

También es defecto que impide la inscripción la falta de acreditación de la autoliquidación, declaración o comunicación a que se refiere el artículo 110-6-b) LRHL, a efectos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Inmuebles de Naturaleza Urbana. La Dirección no estima la alegación del Notario recurrente de que, al quedar la transmisión sometida a condición suspensiva, no se devenga el impuesto. Esta alegación deberá realizarse ante la oficina tributaria, pero no entra en la competencia funcional del Registrador.

Por el contrario, no constituye defecto la falta de aportación del poder extranjero, pues el Notario realiza la reseña identificativa y el juicio de suficiencia correctamente, resultando del mismo también que se encuentra debidamente apostillado.

CONFLICTO DE INTERESES

Resolución de 5 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2234)

Exige la intervención de defensor judicial para inscribir una escritura de herencia en la cual el cónyuge viudo, que a su vez ejerce la patria potestad rehabilitada sobre una hija y legitimaria, ejercita la facultad concedida en una «cautela Socini» que le permite optar por el usufructo universal, afectando a los bienes gravados por la legítima de la representada. La valoración de inexistencia de conflicto de intereses no puede hacerla por sí mismo el viudo, aunque su edad de noventa años y la renuncia a la herencia de una de las restantes hijas sirvan a los interesados para entender que se ha optado por la solución más adecuada.

Resolución de 2 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3012)

Admite la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y herencia, en la cual la viuda del causante ejerce su derecho de atribución preferente en su haber (artículos 1406 y 1407 CC) de la vivienda donde estuvo su residencia habitual y se adjudica dinero por el resto de su haber, incluyendo el usufructo, que se capitaliza. Concorre además la circunstancia de que uno de los dos herederos falleció después del causante sin haber aceptado ni repudiado su herencia (artículo 1006 CC), por lo que transmitió su derecho a sus propios herederos, quienes, por ser menores de edad, son representados en el otorgamiento por su madre, y a los cuales se les adjudica la mitad indivisa de un piso la cual había legado el causante al hijo transmitente —a quien pertenecía ya la otra mitad— y dinero por el resto de su haber, pero todo ello salvo la cuota legal usufructuaria que se adjudica a la madre de los menores como viuda del transmitente.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El conflicto de intereses exceptúa la representación legal de los padres. Se define por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Debe consistir en un peligro real y no puede fundarse en perjuicios hipotéticos ni sospechas, ya que, de lo contrario, existiría en toda partición con menores, porque siempre existirá la duda de si el representante ha omitido algún elemento del inventario (hecho negativo cuya exigencia de prueba resulta exorbitante). Así, el viudo queda privado de la representación de su hijo menor en la liquidación de gananciales: cuando en el inventario hay bienes cuya ganancialidad no está determinada legalmente, sino que resulta de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995), y cuando se forman lotes desiguales en conflicto con los intereses del representado (Resolución de 27 de noviembre de 1986). Y en la partición de la herencia, cuando esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995); cuando se hace con ejercicio de derechos que correspondan al menor (Resolución de 15 de mayo de 2002), o formando lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas de la comunidad existente por el fallecimiento del otro cónyuge (Resolución de 6 de febrero de 1995); cuando el viudo no se ajusta en la adjudicación a las cuotas legales, y cuando el viudo ejercita una opción de pago de su cuota legal usufructuaria. En sentido contrario, no hay conflicto de intereses si los bienes se adjudican *pro indiviso* respetando las normas legales sobre partición de la herencia.



Resoluciones

En el caso resuelto, no hay conflicto, sino intereses concurrentes, entre los menores y su madre: primero, porque el usufructo de esta no se ha capitalizado, sino que se mantiene sobre la porción ideal del tercio de mejora, y segundo, porque se han cumplido íntegramente las disposiciones del causante, al entregarse el legado de la mitad ganancial de inmueble cuya restante mitad pertenece ya a los menores por herencia de su padre, de modo que los restantes bienes —salvo la vivienda habitual de la viuda del causante, que se le atribuye en virtud de un derecho legal— se adjudican en proporciones idénticas, al tratarse de dinero.

COSTAS

Resolución de 26 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2949)

Deniega la inscripción de una venta cuyo objeto es una finca sita en el dominio público marítimo-terrestre de Isla Cristina (Huelva). El carácter demanial del bien resulta de una Real Orden de 1920 que autorizó al Ayuntamiento a ocupar, a título de concesión, la finca matriz sita en la zona marítimo-terrestre. Esta carga de procedencia se fue arrastrando en las sucesivas transmisiones de las fincas formadas por segregación de la matriz. Al no haber sido posible localizar indubitadamente el emplazamiento de la finca, a requerimiento del Registrador (conforme al artículo 15 de la Ley de Costas), el Servicio Provincial de Costas de Huelva certifica que la finca no está dentro de la zona excluida del dominio marítimo-terrestre (según la planimetría del anexo de la Ley 2/2013, de modificación de la Ley de Costas de 1988), lo cual supone su inclusión en el mismo.

La Ley de Costas de 1988 introdujo una sustancial modificación en orden a la eficacia de las resoluciones administrativas de deslinde en zona marítimo-terrestre: hasta entonces, dichas resoluciones no tenían virtualidad rectificadora del Registro y dejaban expresamente a salvo las situaciones amparadas por el artículo 34 LH; por el contrario, el artículo 13-1 de la Ley de 1988 otorga a la resolución de deslinde el efecto de declarar la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, de modo que la resolución de aprobación del deslinde es título suficiente para rectificar las situaciones registrales contradictorias. Por otro lado, también hay que recordar que el artículo 31 del Reglamento de Costas exige certificación administrativa para todas las transmisiones de finca —y no solo para las inmatriculaciones— que puedan invadir zona marítimo-terrestre.

DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN

Resolución de 23 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1875)

En 1968 se otorga escritura de segregación y venta de una porción de finca, que no se inscribe. En 1974, los propietarios venden a persona diferente —quien inscribe— toda la finca original, sin tener en cuenta la segregación ya practicada. En 1975, al objeto de cumplir con segregaciones y ventas hechas con anterioridad, los propietarios y este segundo comprador segregan una porción de terreno, que pasa a inscribirse como una nueva finca registral.

Ahora se presentan los tres títulos, con el fin de obtener la inscripción de la primera escritura de segregación y compraventa a favor de su respectivo comprador. La Dirección lo deniega, por no

estar debidamente acreditado que la finca inicialmente segregada y vendida en 1968 se encuentre en la porción segregada y vendida en 1975. Ningún problema existiría si en la escritura de 1975 se hubieran reseñado las escrituras de segregación y compraventa previas que debían ser tenidas en cuenta.

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 26 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 577)

En su día, como consecuencia de un procedimiento de apremio tramitado por la Hacienda Pública, se adjudicó un inmueble al actual titular registral y se ordenó la cancelación de sendas anotaciones preventivas de embargo a favor de la Hacienda ejecutante y de la Tesorería General de la Seguridad Social, todo lo cual se hizo constar en el Registro. Ahora se presenta una sentencia que declara la nulidad de la adquisición del actual titular registral y de su inscripción. La Dirección deniega su constancia registral, porque la sentencia no ordena la inscripción de dominio a nombre del actor (titular anterior), ni el renacimiento de las anotaciones en su día canceladas. Si se inscribiese solo la recuperación de vigencia de la titularidad anterior, pero no las anotaciones, la reposición de la situación registral al momento anterior a la declaración de nulidad sería solo parcial, dando lugar a una nueva inexactitud del Registro.

DOCUMENTOS PRIVADOS

Resolución de 17 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 573)

Deniega la extensión del asiento de presentación de dos instancias que solicitan la extensión de una nota marginal que haga constar la interposición de una demanda judicial para que se declare la nulidad de ciertos asientos.

El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral. El asiento idóneo para reflejar la existencia de una demanda no es la nota marginal, sino la anotación preventiva (artículo 727-5 LEC), que, además, no puede ser solicitada al Registro directamente por el interesado, sino que es una medida cautelar que debe ser decretada por el órgano judicial.

EXCESO Y DISMINUCIÓN DE CABIDA

Resolución de 18 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 575)

En su día se instó expediente de dominio para la inmatriculación de un exceso de cabida, que se sobreesayó por la oposición de un interesado. Después se ejercitó acción declarativa del dominio de la misma finca con el exceso de cabida, que fue resuelta en apelación denegando el dominio sobre el exceso, pero sin constancia registral alguna de la misma ni haber tomado anotación preventiva de demanda. Por último, se tramitó acta notarial de presencia y notoriedad, que estimó la notoriedad del exceso, el cual se inscribió. Ahora se presenta aquella sentencia de apelación denegatoria con el fin de modificar el exceso inscrito. La Dirección lo deniega: una vez practicado un asiento, se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, en tanto no se declare su inexactitud.



Resolución de 30 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2223)

Deniega la inscripción de una escritura de subsanación de una compraventa previamente inscrita, en el sentido de modificar la descripción de la finca, atribuyéndole distinto número de parcela y referencia catastral, modificando sus linderos y haciendo constar una disminución de cabida del 67 % respecto de la cabida inscrita. Se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica y certificado expedido por Ingeniero Técnico en Topografía, que —además de no ser medio adecuado por exceder el defecto de cabida de la quinta parte— basa su juicio sobre la identidad de finca, que, según el recurrente, es porción de una parcela catastral actual, en el Avance Catastral que la contemplará como parcela independiente.

Si bien es cierto que la legislación hipotecaria se ocupa solo de los excesos de cabida, también lo es que la legislación más moderna (Ley 13/1996) se refiere a toda modificación. La disminución de cabida debe justificarse por procedimientos análogos al exceso, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de la desinmatriculación y el uso de esta vía para eludir las garantías en la transmisión de porciones a los colindantes, con riesgo para terceros y fraude a la legislación del suelo y a la fiscal.

Resolución de 19 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2689)

Suspende la inscripción de un exceso de cabida y una ampliación de obra contenidos en una escritura de herencia que, por lo demás, se inscribe. La cabida inscrita es de 28 metros cuadrados y la que se pretende inscribir es de 73,89, por lo que, al no ser el exceso inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, no basta con el certificado técnico que se acompaña. Pero es que, además, el mismo artículo 298 RH exige también que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como haberse inscrito antes otro exceso o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie, enumeración que no es exhaustiva, sino que puede abarcar otros supuestos, como precisamente una diferencia excesiva de superficie. La suspensión del exceso no impediría por sí la inscripción de la ampliación de obra, de no ser porque la superficie de suelo ocupada por la obra excede de la cabida inscrita.

Resolución de 19 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2690)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra, previa la rectificación de su descripción en cuanto a número de gobierno, linderos y superficie.

El cambio de nombre o número de calle no son datos que puedan ser modificados con la simple afirmación de la parte interesada, pues son datos de policía que dependen de la competente autoridad administrativa (Resolución de 16 de mayo de 2012). En el presente caso, no se ha aportado la certificación a que se refiere el artículo 437 RH, sino una certificación catastral que, en principio, valdría al efecto (Resolución de 6 de julio de 2012), pero siempre que no hubiera dudas sobre la identidad de la finca. Por el contrario, en este caso, solo hay coincidencia en la titularidad, pero no en los demás datos descriptivos que publica el Registro.

También se deniega la inscripción del exceso de cabida, pese a su pequeña entidad (3,62 %), que permitiría inscribirlo como mera rectificación de cabida inferior al 5 % o mediante el certificado técnico que se aporta por ser menor de la quinta parte. El artículo 298 RH exige que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca,

tales como haberse inscrito antes otro exceso o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie, enumeración que no es exhaustiva, sino que puede abarcar otros supuestos, como precisamente la falta de correspondencia en el número de policía. La suspensión del exceso no impediría por sí la inscripción de la declaración de obra, de no ser porque la superficie de suelo ocupada por la obra (101,56 metros cuadrados) excede de la cabida inscrita (98 metros cuadrados).

Resolución de 3 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3015)

Suspende la inscripción de un exceso que duplica la cabida inscrita, que se pretende en virtud de auto judicial que homologa una transacción.

El título presentado no es uno de los previstos en el ordenamiento para la inscripción de excesos de cabida. Ciertamente, y aunque el procedimiento ordinario no es contemplado como uno de los medios aptos para ello (artículos 200 LH, 53-8 y 10 de la Ley 13/1996 y 298-3 RH), la Dirección admite los procedimientos distintos de los especialmente establecidos, pero siempre que cumplan con los requisitos exigidos para ellos, en especial, respecto de la protección de colindantes. Ahora bien, lo que ocurre en el supuesto resuelto es que, aun suponiendo que entre los firmantes de la transacción estuviesen todos los colindantes, no estamos ante un documento resultante de un procedimiento donde el Juez se pronuncie sobre la valoración de las pruebas y las pretensiones de las partes, sino ante un contrato privado que solo tiene efecto de cosa juzgada entre los otorgantes (artículo 1816 CC) y cuyo carácter privado no se ve alterado por la homologación judicial, la cual se limita a acreditar la existencia del acuerdo. Por la misma razón, tampoco cabe aplicar el criterio, previsto para la inmatriculación por expediente de dominio, de que las dudas sobre la identidad de la finca (que el Registrador declara tener, al proceder la finca de división) se despejan por el Juez en el ámbito de la valoración de la prueba.

Por último, es preciso aportar certificación catastral descriptiva y gráfica, tal y como exige el artículo 53-7 de la Ley 13/1996 para toda inmatriculación. Ciertamente, el artículo 298 RH no exige expresamente la certificación para los expedientes de dominio y el acta de presencia y notoriedad, pero debe prevalecer la superior jerarquía normativa de la Ley de 1996, así como la propia consideración reglamentaria de los excesos de cabida superiores a la vigésima parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (los inferiores se consideran mera rectificación de superficie), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral.

HIPOTECA

Resolución de 14 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1677), Resolución de 21 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1871), Resolución de 2 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2225), Resolución de 2 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2224), Resolución de 2 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2226), Resolución de 3 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2227), Resolución de 3 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2228) y Resolución de 3 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2229)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que se pacta (en párrafos diferentes de la misma estipula-



Resoluciones

lación): que el préstamo devengará un interés de demora del 12 % anual, variable al alza o a la baja para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo del interés legal del dinero vigente al tiempo de su devengo, y que, «no obstante», a efectos hipotecarios, el tipo garantizado de interés de demora anual será como máximo del 13 %. La Dirección exige añadir expresamente a este tipo máximo a efectos hipotecarios la salvedad de que solo registrará si es igual o inferior al triple del interés legal del dinero. El uso de la locución *no obstante* puede significar que dicha salvedad no rige a efectos hipotecarios. Es la solución más conforme con el dato de que la hipoteca solo puede ejecutarse en la medida y en los términos en que haya sido inscrita, y con la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de los consumidores.

Resolución de 19 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1867) y Resolución de 21 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1872)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en que las partes se limitan a pactar que el acreedor, en ejercicio de su derecho, podrá ejercer la acción declarativa o la ejecutiva que proceda. No es preciso señalar valor de tasación y domicilio de requerimientos.

El ejercicio de la acción directa y la venta extrajudicial ante Notario son procedimientos potestativos: no es obligatorio pactarlos. Ciertamente, si se pactan, debe ser con los rigurosos requisitos de los artículos 682 LEC y 129 LH, cuya infracción determinaría la nulidad de la estipulación y la imposibilidad de ejercitar la acción hipotecaria por tales vías procedimentales. Pero, en el caso resuelto, las partes no hacen manifestación alguna, ni expresa ni presunta, relativa a que el acreedor pueda acudir a los trámites de ninguno de los dos citados preceptos, por lo que no tienen que acreditar, a los efectos de inscripción, sus requisitos legales.

Resolución de 22 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1873)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre vivienda unifamiliar, otorgada por un cónyuge con poder especial del otro, porque la expresión manuscrita que se incorpora sobre conocimiento de los riesgos de la cláusula suelo de interés variable (que no podrá ser inferior al 0,1 %) corresponde solo al cónyuge compareciente. No se cuestiona ni la idoneidad del poder ni el juicio notarial de suficiencia, pero hace falta incorporar también el manuscrito correspondiente al prestatario representado.

La expresión manuscrita redactada por el prestatario, en los términos de la guía del Banco de España de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013, se referirá también a la actuación informativa del propio Notario —sin que este intervenga en la misma— y se unirá junto con otros documentos (oferta vinculante, tasación, etc.). Se incluye en el control de la transparencia de la contratación y es independiente del consentimiento contractual del adherente plasmado en la escritura. Dirigiéndose la exigencia de esta manifestación a aseverar la comprensión del contenido y las consecuencias de la cláusula por parte del prestatario, y siendo esta capacidad diferente en cada persona, solo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión, lo cual impide su emisión por representante, fuera de los casos de representación legal en que precisamente se suple la falta de capacidad del representado. Ciertamente, tampoco es acto personalísimo, sino que sería admisible

que el poder contuviera un mandato expreso autorizando la constitución de una hipoteca que contuviera una cláusula de este tipo, cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante, para que de este modo no se eluda indirectamente el requisito legal de la manifestación manuscrita.

Resolución de 4 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2231)

Deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por una persona física que manifiesta, a los efectos de la Ley 2/2009, no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos hipotecarios. La apreciación del carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes. Es doctrina reiterada que el Registrador puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente. En el caso resuelto, la manifestación del prestamista queda desvirtuada por el hecho de ser el acreedor titular de más de veinte hipotecas inscritas en diversos registros, según consulta realizada por el Registrador al Servicio de Interconexión entre los Registros, lo cual revela una continuidad en la concesión de préstamos hipotecarios.

La Dirección no entra en el otro defecto, por haber sido argumentado por el Registrador en fase de informe: el carácter abusivo, con infracción del límite del artículo 114 LH, de la cláusula penal pactada como adicional a los intereses de demora.

Resolución de 18 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2687)

Deniega la inscripción de un auto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria donde, tras quedar desierta la subasta, el Juez resuelve adjudicar lo hipotecado al acreedor por el 50 % del valor de tasación. Sin embargo, en el Registro figura un valor de tasación superior. El recurrente alega que la fijación del importe de la subasta corresponde al Juez, según el artículo 666 LEC. Pero este artículo determina el descuento de las cargas o gravámenes anteriores y, en el caso resuelto, no consta que se haya practicado operación alguna en este sentido.

El valor de tasación a efectos de subasta —junto con el domicilio para notificaciones y requerimientos— es requisito esencial que debe constar en la inscripción de hipoteca para poder ejecutarla por el procedimiento de ejecución directa de los artículos 681 y siguientes LEC.

Resolución de 25 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2948)

Deniega la inscripción de la novación de dos hipotecas de igual rango, constituidas en garantía del saldo resultante de una cuenta de crédito, siendo una de las modificaciones el plazo de vencimiento de la cuenta: inicialmente, se pactó para el 3 de mayo de 2014, con carácter improrrogable, y en la novación, de 1 de agosto de 2014, se estableció que vencerá el 3 de mayo de 2014, sin mención expresa del carácter prorrogable o improrrogable del nuevo plazo.

El artículo 153-1 LH impone no solo la exigencia de la expresión de plazo, sino también la de su prorrogabilidad o improrrogabilidad.

Resolución de 5 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3017)

Deniega la inscripción de una adjudicación decretada en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria en que la demandada es la herencia yacente del titular registral, donde no consta la



fecha de defunción ni si hay o no testamento y las notificaciones a los ejecutados se hicieron mediante edictos, al resultar negativa en el domicilio fijado en la escritura de hipoteca. Las exigencias del principio de tracto sucesivo imponen la necesidad de nombrar un administrador judicial o, al menos, designar un posible heredero interesado en la herencia.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 8 de enero de 2015 (BOE 36, 11-II-15: 1332)

Rechaza la inmatriculación de una finca (artículo 205 LH) pretendida mediante escritura de donación de madre a hijo, precedida de otra donación en la cual la madre comparece como donataria y como apoderada del donante, un tío suyo que aparece como titular catastral, afirmando que es la verdadera poseedora de la finca. Surgen dudas fundadas sobre la existencia de una titulación preparada *ad hoc* para conseguir la inmatriculación, por concurrir las siguientes circunstancias: otorgamiento de ambas donaciones en el mismo día, con números de protocolo consecutivos, y utilización de un poder del primer donante a favor de la donataria, que posteriormente dona a su propio hijo.

Resolución anulada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 5 de Lugo de 14 de febrero de 2013, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (1.ª) de 2 de octubre de 2013, publicada por **Resolución de 3 de febrero de 2015 (BOE 46, 23-II-15: 1815)**:

Resolución de 25 de junio de 2012 (BOE 225, 18-IX-12: 11707). Deniega una inmatriculación pretendida mediante dos títulos consecutivos otorgados ante el mismo Notario, el primero de los cuales es una aportación a gananciales y el segundo, una aportación a una sociedad civil formada por los dos cónyuges y su hijo. Deben evitarse las inmatriculaciones con titulaciones instrumentales creadas *ad hoc*, como ocurre en este caso, donde concurren las notas de simultaneidad de operaciones, escaso coste fiscal y circularidad. En concreto, la circularidad concurre cuando, al final del proceso, los bienes mantienen el mismo carácter que tenían anteriormente. La Dirección acoge la doctrina de que la sociedad civil no inscrita carece de personalidad, porque así hay que interpretar la regla que priva de la misma a las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen en secreto entre los socios (Resolución de 31 de marzo de 1997). Así, en el caso resuelto, sigue habiendo coincidencia —al menos, en gran parte— entre las titularidades inicial, intermedia y final.

Resolución anulada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (5.ª) de 24 de junio de 2014, publicada mediante **Resolución de 6 de febrero de 2015 (BOE 46, 23-II-15: 1818)**:

Resolución de 16 de mayo de 2013 (BOE 139, 11-VI-13: 6175). Constan inscritas dos fincas, de las cuales se fueron segregando a lo largo del tiempo varias porciones, pero sin determinar en cuál de las dos fincas registrales se ubicaba cada parte segregada, como si de una sola finca funcional agrupada se tratara. Sin embargo, ahora la Dirección deniega la inscripción de una nueva segregación indistinta. No acreditar suficientemente la ubicación de la parte segregada en una u otra puede dar lugar a una doble inmatriculación. Cabría aplicar a este supuesto la solución del artículo 306 RH, prevista en principio para inmatriculaciones, pero extensible a toda creación

de una nueva finca registral. La Dirección desestima el otro defecto apreciado por el Registrador: habiéndose aportado certificado municipal sobre innecesariedad de licencia de segregación, no es preciso acreditar que la porción segregada no está destinada a dotaciones públicas, viales o zonas verdes.

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 9 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 563)

Deniega la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda nacida del préstamo. La Dirección rechaza el obstáculo registral referido a la falta de acreditación de los medios de pago. El reconocimiento de deuda es un negocio por el que se asume y fija una obligación preexistente, cuyo efecto procesal es dispensar de la prueba de esta (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006); no produce efecto extintivo de la misma, salvo que venga acompañado de una novación extintiva. Nuestro sistema no admite negocios abstractos, por lo que el reconocimiento debe tener causa, la cual, además, si no se expresa, no gozará de la presunción de existencia y licitud del artículo 1277 CC. En realidad, el negocio jurídico objeto de inscripción es el reconocimiento, pero, siendo el préstamo la causa de la deuda, debe acreditarse el efectivo desplazamiento patrimonial que la constituye. En el caso resuelto, la causa está plenamente expresada: contrato privado de préstamo y posterior cesión del mismo a los actuales acreedores-cesionarios, que no se documenta ni se acompaña, si bien las partes relacionan los datos mínimos exigidos por el artículo 177 RN: ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria, así como las cuentas de cargo y abono. Y si bien es cierto que la certificación bancaria que se acompaña para acreditar el abono del préstamo no tiene la firma legitimada, tampoco es algo exigible para la acreditación de los medios de pago.

La razón por la que se deniega la inscripción es que, tratándose de un negocio sobre inmuebles y de trascendencia tributaria, y siendo una de las personas cesionarias de nacionalidad extranjera, su NIE es meramente manifestado, pero no se acredita.

MONTES

Resolución de 27 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2952)

Suspende la inmatriculación (por escritura de aumento de capital) de varias fincas rústicas ubicadas en el Parque Natural de Grazalema, hasta la recepción del informe previsto en el artículo 22-1 de la Ley estatal 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. La Resolución de 18 de septiembre de 2008 (*infra*) interpretó este precepto en el sentido de que no basta, para que sea exigible el informe, que se trate de inmatriculación de finca ubicada en término municipal donde existan montes demaniales, sino que es preciso que la finca a inmatricular sea monte, colinde con monte demanial o monte ubicado en término municipal donde existan montes demaniales. No obstante, no es esa la solución que se impone con base en una interpretación literal de la norma y, por ello, la Resolución de 13 de julio de 2011 (*infra*) señaló que el citado artículo 22 trata de impedir el acceso al Registro de operaciones que puedan invadir el demanio público, configurando el informe del titular del monte o de la Comu-



Resoluciones

nidad Autónoma, cuando el monte es catalogado, como un trámite esencial del procedimiento con carácter vinculante.

En el caso resuelto, existen en el término de Grazalema nueve montes catalogados por la Comunidad Autónoma y en la propia escritura se dice que las fincas están situadas en el Parque Natural. Por ello, procede suspender la inscripción hasta que se aporte informe favorable, que es lo más acorde con la finalidad de protección del patrimonio forestal, función de colaboración y control atribuida al Registrador, teniendo en cuenta, además, que en Andalucía todos los montes de titularidad pública deben ser catalogados. Nada cambia el hecho de que el otorgamiento de la escritura fuera notificado por la Notaría a la Comunidad Autónoma a los efectos del artículo 24 de la Ley andaluza 2/1989, ya que el objeto de dicha comunicación es distinto y se refiere al ejercicio del derecho de retracto que tal artículo regula.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

Resolución de 13 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 569)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre porque, aunque consta el NIF de las propietarias de los predios sirviente y dominante, no figura el de la persona física que comparece como apoderado de la segunda.

Los artículos 254-2 LH y 23 LN exigen la acreditación del NIF en los actos que o bien se refieran a derechos reales sobre inmuebles, o bien tengan trascendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia se extiende tanto a los comparecientes como a las personas o entidades en cuya representación actúen.

OBRA NUEVA

Resolución de 12 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1675)

Consta inscrita una finca rústica a nombre de varios condueños *pro indiviso*. Ahora la Dirección deniega la inscripción, a nombre de uno solo de ellos, de la obra nueva de una vivienda unifamiliar aislada ejecutada a su exclusivo cargo. Los demás comparecen para consentirlo.

No cabe aplicar las normas sobre accesión y derecho de retención del edificante en suelo ajeno, puesto que el comunero ni construye ni invade suelo ajeno, sino que lo que hace es infringir el artículo 397 CC. El conflicto debe resolverse por las normas que rigen la comunidad. Según los casos, procederá la demolición de la obra, su conversión en cosa común (constituyéndose, en su caso, una propiedad horizontal) o la división material o económica.

Por otro lado, el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 exige licencia de parcelación o declaración de innecesidad no solo para la división o segregación de fincas en suelo no urbanizable, sino también para todo supuesto en que, por las circunstancias de la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población. En el supuesto resuelto, concurren indicios suficientes de existencia de una parcelación: se pretende la inscripción de la obra a nombre del declarante con carácter exclusivo, por mucho que quiera

mantenerse la copropiedad del suelo; se manifiesta que la vivienda se destina a uso propio del declarante (para justificar la inexistencia de seguro decenal), y se especifica que tiene acceso desde un camino, a través del paso común del total del conjunto urbanístico.

Resolución de 15 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1680)

Admite la inscripción de una obra «antigua» construida sin licencia sobre suelo no urbanizable, declarada sobre la base de un certificado técnico que acredita una antigüedad de siete años. Ciertamente, al tiempo de la autorización y presentación de la escritura, se halla vigente la actual Ley valenciana 5/2014, de urbanismo, que establece un plazo de prescripción de infracciones urbanísticas de quince años (y no de cuatro años, como la anterior Ley de 2005), y es doctrina de la Dirección que las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Pero esta regla general no puede servir para aplicar retroactivamente un régimen sancionador a una infracción anterior a la norma que lo establece. Por tanto, es temporalmente incorrecta la aplicación de la nueva Ley 5/2014. Y tampoco consta que estemos en uno de los supuestos que permitirían la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística según la Ley de 2005, aplicable al caso: el suelo rústico sobre el que se declara la obra no tiene concreción ni protección específica alguna, ni consta en el expediente la iniciación de un plan de gestión de la zona por tratarse de suelo no urbanizable de especial protección.

Resolución de 16 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1681)

Deniega la inscripción de una venta de vivienda realizada por un propietario que antes la había declarado acogido a la exención del seguro decenal prevista para el autopromotor de vivienda unifamiliar para uso propio. El comprador actual exonera al vendedor de la constitución del seguro, pero la Dirección recuerda su doctrina sobre acreditación del requisito del uso propio: en el momento de la declaración de obra nueva, se tratará de un hecho futuro, para cuya acreditación cabe la declaración del otorgante, siempre que no quede desvirtuada por otro documento contradictorio (como ocurría en la Resolución de 9 de mayo de 2007, donde la licencia municipal de obras no lo era para una vivienda unifamiliar); ahora bien, si el promotor vende a un tercero, no basta con que este le exonere de la contratación del seguro, sino que, además, el promotor tiene que acreditar haber utilizado la vivienda, para lo cual no basta la mera manifestación, sino que hace falta prueba documental adecuada, como acta de notoriedad o certificado de empadronamiento. En el caso resuelto, se rechaza a tal fin la mera incorporación de fotocopias de facturas de suministro eléctrico, porque podrían deberse a la utilización de la vivienda por un tercero (arrendatario, usufructuario o poseedor). Además, la calificación pone de manifiesto la falta de correspondencia entre la dirección del inmueble que figura en las facturas y la que consta en el Registro y el título.

Resolución anulada mediante Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 21 de noviembre de 2013, publicada mediante **Resolución de 4 de febrero de 2015 (BOE 46, 23-II-15: 1816)**:

Resolución de 14 de enero de 2010 (BOE 44, 19-II-10: 2711). Se pretende dividir una vivienda en otras dos. El Registrador aplica el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 y exige licencia municipal,



por entender que se quieren constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que los recogidos en la obra nueva. Dado que las limitaciones del dominio han de ser interpretadas restrictivamente, la Dirección resuelve que solo será exigible tal licencia si hay norma con rango de ley que lo haga expresamente. Es cierto que el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía exige licencia para las parcelaciones y presume que las hay, entre otros supuestos, cuando, mediante divisiones horizontales, se asigna el uso individualizado de partes a titulares diferentes. Pero la Dirección cree que este precepto no se refiere a edificaciones, sino a terrenos. La propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, no supone parcelación, porque mantiene la unidad jurídica del suelo.

Resolución de 28 de febrero de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3011)

Admite la inscripción de una obra «antigua» construida en 1970 (según certificación de Arquitecto) sobre suelo no urbanizable ubicado en un municipio integrante del Parque Natural de la Sierra de Grazalema. Ciertamente, en el Registro, el suelo aparece como rústico, sin especialidad alguna, pero en su función calificadora de la validez del acto el Registrador debe tener presente la normativa aplicable, dentro de la cual se incluye —en el supuesto resuelto— el Decreto de la Junta de Andalucía regulador de este Parque, que lo delimita en su Anexo III, de modo que la Dirección entiende que la finca donde se declara la obra está incluida en el mismo.

Ahora bien, según los artículos 20-4 LS y 52-d del Real Decreto 1093/1997, los únicos requisitos necesarios para la inscripción de obras «antiguas» son: la acreditación de su terminación en fecha determinada anterior al plazo legal de prescripción de la infracción en que hubiere podido incurrir el edificante, así como la falta de constancia registral de la incoación de expediente de disciplina urbanística, sin necesidad de aportar una más que difícil prueba sobre la prescripción de la acción (que podría haber sido interrumpida extrarregistralmente). Pero, respecto del primero de los requisitos, el Registrador deberá constatar, por lo que resulte del Registro y del propio título, que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección donde la ley imponga un régimen de imprescriptibilidad, habiendo declarado la Dirección que las sucesivas redacciones legales serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior, si bien esta regla general no puede servir para aplicar retroactivamente un régimen sancionador a una infracción anterior a la norma que lo establece.

En el supuesto resuelto, se ha acreditado la terminación de la obra bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1956, que solo establecía un breve plazo de prescripción de dos meses y sanciones pecuniarias. Al tiempo de entrar en vigor la primera norma que establecía la imprescriptibilidad (artículo 255 del Real Decreto Legislativo 1/1992), el plazo de restablecimiento de la legalidad estaba agotado. Además, el Parque de la Sierra de Grazalema fue declarado Espacio Natural Protegido por Decreto de 1984, quedando la edificación en un régimen jurídico análogo al de fuera de ordenación.

Resolución de 6 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3019)

Reitera la doctrina consolidada sobre la concurrencia del requisito objetivo de la exención del seguro decenal establecida para el

autopromotor de «una única vivienda unifamiliar para uso propio». El destino a uso propio significa que la vivienda no debe estar destinada originariamente por el promotor a su enajenación, entrega o cesión a terceros. En el momento de la declaración de obra nueva, se tratará de un hecho futuro, para cuya acreditación cabe la declaración del otorgante, siempre que no quede desvirtuada por otro documento contradictorio (como ocurría en la Resolución de 9 de mayo de 2007, donde la licencia municipal de obras no lo era para una vivienda unifamiliar). Ahora bien, si el promotor vendiera a un tercero, no bastaría con que este le exonerase de la contratación del seguro, sino que, además, el promotor tendría que acreditar haber utilizado la vivienda. Para ello no bastaría la mera manifestación, sino que haría falta prueba documental adecuada, como acta de notoriedad o certificado de empadronamiento.

En el supuesto resuelto, la Dirección no considera suficientemente acreditado el uso propio continuado de la vivienda por parte de quien transmite en una dación en pago, que en su día invocó la exención prevista para el autopromotor y es exonerado ahora por el adquirente. Se aportan como justificantes: certificado de empadronamiento, del que resulta que la transmitente estuvo empadronada en su día en la vivienda, pero dejó de estarlo ocho años antes de la dación; recibos de electricidad, de los que resulta el uso de la vivienda durante cierto período por otra persona, que la transmitente asegura que fue su pareja de hecho, y recibos de agua, que demuestran que el consumo estuvo a nombre de la transmitente hasta un año antes de la dación. El uso propio debe ser efectivo y coincidir con el período de excepción —diez años—, pues otra solución llevaría a una absoluta indeterminación, de modo que bastaría con un solo momento de uso para exonerar del seguro, burlando los intereses que pretende proteger la LOE: los del usuario de la propiedad. El uso no tiene que ser permanente, sino que puede ser por temporada (Resolución de 28 de octubre de 2004), pero debe extenderse al período que protege, es decir, al comprendido desde la obra nueva hasta la enajenación.

OPCIÓN

Resolución de 26 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2215)

Inscrito un derecho de opción, el concedente vendió la finca a un tercero, que inscribió su derecho con posterioridad a la opción. Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de compraventa por la que se ejercita la opción, al haber sido otorgada, como vendedor, por el concedente, y no por el actual titular registral.

Es doctrina consolidada (Resolución de 23 de julio de 2005; Resolución de 30 de enero de 2006) que la inscripción del derecho de opción lo hace oponible *erga omnes* pero no cierra el Registro. Así, el titular concedente puede enajenar o gravar la finca. La opción obligará al nuevo adquirente, ya que el optante tiene derecho a exigir la venta a quien en cada momento sea titular de la finca, quien será el único legitimado para la consumación de la opción por exigencia del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH). Tampoco se pactó la posibilidad de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de intervención del concedente del derecho, que es pacto admisible, inscribible y eficaz, pero siempre que el dueño lo hubiera consentido en el contrato preliminar y se adopten las pertinentes garantías respecto de los terceros (artículo 175-6 RH).



Resoluciones

Resolución de 2 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3013)

En su día se inscribió una finca por mitades indivisas a nombre de dos cónyuges; el esposo concedió a su esposa un derecho de opción sobre su mitad, que se inscribió; posteriormente se inscribió una hipoteca constituida por ambos sobre la totalidad de la finca (artículo 217 RH). Ahora la esposa ejercita la opción y pretende, además, la cancelación de la hipoteca constituida como carga posterior a la opción.

La Dirección lo deniega: la cuota de la esposa se hipotecó como libre de cargas; la hipoteca se constituyó con carácter unitario y consentimiento de la esposa, por lo que ahora no puede ir contra sus propios actos, contra el deber de ejercitar los derechos conforme a la buena fe (artículo 7-1 CC) y contra el principio de integridad de la hipoteca (artículo 122 LH), pretendiendo por su sola voluntad privar al acreedor de una parte de la garantía que ella misma configuró con una extensión determinada. Existe, además, identidad de razón con el supuesto de exclusión de la cancelación de la hipoteca sobre el usufructo en caso de extinción de este por voluntad del usufructuario (artículo 107-1 LH).

PLUSVALÍA MUNICIPAL

Resolución de 6 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2236)

Mediante Resolución de 10 de octubre de 2014, se denegó, 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.

Ahora la Dirección admite la inscripción de la misma donación, que se presenta acompañada de un documento sellado por la oficina de Correos en el que el Notario autorizante, en representación del adquirente, comunica al Ayuntamiento la adquisición del inmueble acompañando copia simple, todo lo cual constituye declaración del hecho imponible. La presentación de un documento en Correos equivale a su presentación en el registro de entrada de la Administración de destino (artículo 38 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo, en relación con el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de servicio postal universal).

PODER

Resolución de 23 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2947)

Se refiere a la inscripción de una escritura de compraventa formalizada en ejercicio de un poder otorgado en el extranjero, que el Notario español califica como suficiente pero no se aporta.

La calificación registral de la reseña a que se refiere el artículo 98-1 de la Ley 24/2001 se limita a controlar la existencia de la reseña identificativa, del juicio notarial de suficiencia y de la congruencia de este con el título. El Notario español deberá analizar la suficiencia del poder según la ley española, a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas de no mediar sometimiento expreso, así como la equivalencia de la forma en España. El documento extranjero solo será equivalente al español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza a este: estar autorizado

por quien tenga atribuida en su país la competencia para otorgar fe pública, y que el autorizante de fe garantice la identificación de los otorgantes y su capacidad para el acto o negocio. Desde el punto de vista formal, la legalización, la apostilla o la exención de ambos es requisito para que el documento extranjero pueda ser reconocido como auténtico en España, por lo cual la reseña notarial identificativa del poder extranjero debe referirse a ellas. En el título calificado, el Notario manifiesta en la reseña que el poder está legalizado con apostilla, por lo cual está correctamente realizada.

Sin embargo, la inscripción se deniega por otro defecto, relativo a la acreditación de los medios de pago: la cantidad justificada por estos es superior al precio expresado. Ciertamente, las relaciones internas entre poderdante y apoderado escapan a la calificación, pero lo que el legislador persigue al exigir la acreditación de los medios de pago es clarificar el abono efectivo de cantidades. Por ello, si en la escritura no hay correspondencia entre el precio justificado y el abonado, el Notario deberá aclarar en la escritura el destino del remanente.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 19 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1866)

Confirma la calificación que deniega la práctica del asiento de presentación de una instancia por la que el recurrente hace constar que considera nulos dos asientos registrales.

Una vez practicado un asiento, el recurso gubernativo no es ya cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o invalidez del título inscrito. El recurso 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.

Resolución de 23 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2945)

Deniega la inmatriculación, por título de compraventa, de un buque en el Registro de Bienes Muebles de Barcelona porque el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales se ha satisfecho en una oficina tributaria incompetente, lo cual no es suficiente para levantar el cierre registral del artículo 254 LH. Para poder inscribir la venta, el ingreso debe hacerse en la Comunidad Autónoma de Cataluña, por ser la circunscripción del Registro competente el punto de conexión previsto en la legislación fiscal (artículos 254 y 255 LH, 103-1-c del Reglamento ITP-AJD y 33 de la Ley 22/2009, de financiación de las comunidades autónomas).

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 12 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-14: 1674)

Admite la extensión de la correspondiente diligencia de segundo libro de actas, solicitada por la actual Secretaria de la comunidad, quien hace constar que el anterior libro ha sido requerido varias veces a la anterior Gestora y Secretaria, ante cuya negativa se acredita haber interpuesto denuncia ante la Guardia Civil a los efectos del artículo 415 RH.

Este supuesto difiere al de la Resolución de 28 de julio de 2014, donde la negativa a la entrega del libro anterior se debía a una controversia entre dos juntas, cada una de las cuales se arrogaba la re-



presentación de la comunidad, situación que excedía de la facultad de calificación del Registrador.

Resolución de 13 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2568)

El artículo 10-3-b LPH (en su nueva redacción tras la Ley de 26 de junio de 2013), para la división de departamentos privativos, exige autorización administrativa y mayoría de tres quintos de propietarios y cuotas, salvo que se tratase de un inmueble incluido en un área de rehabilitación urbana. Para entender que existe esta inclusión y que, por tanto, no hace falta acuerdo de la junta, debe existir un acto administrativo expreso, sin que pueda sobreentenderse como implícito en la concesión de una licencia de obras, dada la situación de degradación en que se encuentra el inmueble.

Resolución de 26 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2950)

Se refiere a una parcelación urbanística ilegal en suelo rústico configurada como una propiedad horizontal. La Comunidad Autónoma ordena la restitución de la finca matriz a su estado original, su ajuste al destino autorizado y la imposibilidad jurídica y registral de división o parcelación. Una vez desestimados todos los recursos judiciales contra esta resolución administrativa —confirmada en última instancia por el Tribunal Supremo—, la comunidad de propietarios acuerda por unanimidad la extinción de la división horizontal y su conversión en condominio ordinario, lo cual se lleva a efecto en una escritura basada en el acuerdo unánime de la junta, pero a cuyo otorgamiento dejan de concurrir dos propietarios y el acreedor con hipoteca sobre uno de los departamentos.

La Dirección confirma el defecto de falta de concurrencia de dos propietarios, recordando su doctrina sobre delimitación de materias competencia de la Junta y materias que exigen consentimiento individual de los propietarios, que distingue entre:

- Actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario. Son inscribibles en virtud de certificación de junta de propietarios con unanimidad de asistentes y notificación (sin oposición) a los no asistentes. Casos: desafectación y venta de determinados elementos comunes (Resolución de 30 de noviembre de 2006, en *BOE* 28-XII-06: 22838; Resolución de 4 de marzo de 2004; Resolución de 23 de marzo de 2005); vinculación *ob rem* de los trasteros a las viviendas, como anejos (Resolución de 31 de marzo de 2005), y determinada modificación de los estatutos (Resolución de 5 de julio de 2005).
- Actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, que requieren consentimiento individualizado de los titulares, como: especificación del trastero que corresponde a cada piso (Resolución de 12 de diciembre de 2002), o conversión de elemento privativo en común, que requiere el consentimiento de los titulares registrales y de sus cónyuges en régimen de gananciales (Resolución de 23 de junio de 2001).

En el supuesto resuelto, el acuerdo de extinción de la propiedad horizontal y conversión en condominio ordinario está dentro de la competencia de la Junta como acto colectivo, pero, dadas las repercusiones del cambio en las condiciones de ejercicio del dominio (titularidad de cuota en la totalidad sin atribución de elementos privativos; posibilidad de tanteo, retracto y ejercicio de la acción de división), debe contar con el consentimiento individual de cada co-

propietario. No es óbice el hecho de que se trate de dar cumplimiento a una resolución judicial, porque no deja de ser un acto voluntario (otra cosa sería que, ante la negativa de algún propietario, se pudiera suplir judicialmente su intervención).

Ahora bien, la Dirección no considera necesaria la intervención del acreedor hipotecario, pues la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino. Cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente, y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota a la finca adjudicada (artículo 399 CC).

PROTECCIÓN OFICIAL

Resolución de 10 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 564)

Deniega la inscripción de la cesión gratuita de varias fincas por parte de un Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma con la finalidad de ser destinadas a la construcción de viviendas de protección oficial en determinado plazo, pactándose, además: que la operación quedará sometida, para el caso de no cumplirse la citada finalidad, a un derecho de reversión y una condición resolutoria a favor del cedente (de conformidad con el artículo 8 de la Ley andaluza 13/2005, de medidas para la vivienda protegida y suelo), y que la reversión y la condición podrán ser pospuestas a los préstamos hipotecarios de promotor cuya disposición sea contra certificaciones de obra que se constituyan en un plazo máximo de veinte años, y cuyo límite de responsabilidad hipotecaria no supere, por principal, la cantidad que figure en la cédula de calificación provisional y hasta un 150 % más sobre el principal, conjuntamente para intereses, costas y gastos (todo ello a los efectos del artículo 241 RH).

La Dirección rechaza la objeción registral de que las normas configuran la reversión y la condición resolutoria reseñadas como garantías legales y elementos esenciales de la cesión gratuita, de modo que ni ellas ni su rango pueden ser objeto de disposición. La finalidad de la posposición pactada es facilitar la obtención de una financiación que posibilite la promoción de viviendas protegidas, que es precisamente la finalidad perseguida por las disposiciones legales.

Sin embargo, la inscripción se rechaza por falta de determinación precisa de las cantidades garantizadas con las futuras hipotecas. El artículo 241 RH exige cuantificar el importe máximo por capital, intereses, costas u otros conceptos.

PUBLICIDAD REGISTRAL

Resolución de 12 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 568)

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, en las cuales ya no ostenta derecho alguno la persona solicitante.



Resoluciones

La Dirección recuerda y aplica su doctrina consolidada. El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo (de lo contrario, hay que acreditar el encargo), conocido (o sea, acreditado), legítimo (no contrario a Derecho) y patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. La expedición de información registral está sujeta a los controles de la legislación, tanto la genérica hipotecaria como la específica sobre protección de datos. Así, es el Registrador quien debe calificar no solo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

Resolución de 12 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2566)

Deniega la solicitud de una nota simple siendo el interés alegado la realización de un reportaje fotográfico.

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido, legítimo y patrimonial. En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral.

En el supuesto resuelto, el escrito de recurso hace referencia a una eventual responsabilidad ante el titular, pero la mera posibilidad de que exista un interés legítimo patrimonial en el futuro no convierte en legítimo lo que ahora no lo es. Por otro lado, el hecho de que un inmueble sea de titularidad pública no significa que carezca de un titular cuyos derechos hayan de ser respetados, y mucho menos significa que la titularidad sea compartida por el conjunto de la sociedad.

RECTIFICACIÓN

Resolución de 20 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2693)

En su día se inscribió un cese y nombramiento de miembros de Consejo de Administración porque, si bien el acta notarial de presencia reflejaba que dicho acuerdo fue rechazado por la mayoría del capital social (y la Presidenta así lo manifestó), el Registrador hizo constar en la inscripción que, según los estatutos sociales, determinadas participaciones gozan de cinco derechos de voto por participación, de modo que realmente el acuerdo fue adoptado por mayoría de derechos de voto.

Una de las consejeras destituidas solicita ahora la apertura de expediente de rectificación registral por el error de concepto consistente en haber considerado adoptado el acuerdo al suplir el Registrador la declaración sobre resultado de la votación que debería haber incluido la certificación. La Dirección lo desestima, pues el expediente de rectificación del artículo 217 LH exige aceptación de la existencia de error por todos los interesados y por el Registrador, quien no considera haber practicado un asiento erróneo. Se aporta también fotocopia de una sentencia anulatoria de la citada inscripción, que se pretende hacer valer como documento fehaciente que permita modificar el Registro, sin necesidad de consentimiento del titular o resolución judicial. Pero la Dirección entiende que, en todo

caso, deberá aportarse (por testimonio y no mera fotocopia) para calificar si contiene un mandato rectificatorio, pero que no tiene virtualidad para modificar el Registro por sí, para lo cual haría falta no solo que se tratase de un documento fehaciente, sino que, además, fuese independiente de la voluntad de los interesados. La sentencia invocada precisamente lo que hace es dirimir una controversia entre ellos.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 10 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 565)

Deniega la anotación de un embargo sobre una finca inscrita a nombre de un titular extranjero casado «con sujeción a su régimen económico matrimonial», conforme al artículo 92 RH, por no haber sido demandado ni notificado su consorte.

La exigencia de demanda —o al menos notificación— al cónyuge no titular se encuentra hoy formulada legalmente en el actual número 6 del artículo 144 RH (introducido por la Ley de 26 de diciembre de 2012).

Resolución de 12 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 567)

Deniega la anotación del embargo de la mitad indivisa de un bien correspondiente a un cónyuge casado en régimen de gananciales, a instancias del otro cónyuge, porque, aunque consta en el auto que actualmente se encuentran divorciados, no consta la liquidación de la sociedad conyugal.

Inscrita una finca como ganancial y sin resultar registralmente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, no cabe embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor. En tanto subsista la sociedad conyugal, no existen porciones indivisas de que cada uno sea titular, sino que su participación se predica globalmente respecto de todo el patrimonio ganancial.

Resolución de 27 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2216)

Inscrita una finca como ganancial y sin resultar registralmente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, no cabe embargar la mitad indivisa del cónyuge deudor. En tanto subsista la sociedad de gananciales, no existen porciones indivisas de que cada uno sea titular. En aplicación de esta doctrina, la Dirección deniega el embargo de la participación de un cónyuge en una finca común, porque el régimen conyugal de comunicación foral de bienes había quedado disuelto, pero aún no liquidado. En efecto, el convenio regulador de divorcio no realizó una adjudicación inmediata de la vivienda, sino que se limitaba a prever la atribución por partes iguales en caso de no procederse a su venta. El bien sigue perteneciendo a la comunidad postganancial. No cabe alegar que es el único bien existente, pues del convenio no se deduce necesariamente la inexistencia de otros bienes no inventariados ni la ausencia de pasivo (antes bien, se dice que la finca está gravada con varias hipotecas).

Resolución de 20 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2692)

Cuando se disolvió el matrimonio, se inscribió el derecho de uso de una vivienda ganancial a favor de la esposa y los hijos a su cargo. En la liquidación de la sociedad conyugal, se adjudicó la propiedad de la vivienda a la ex esposa, de modo que el Registrador canceló



por confusión el derecho de uso. No obstante, la ex esposa instó la rectificación del Registro y se mantuvo la inscripción del derecho de uso a favor también de los hijos.

Ahora el ex esposo vuelve a pedir la cancelación, por confusión, de la inscripción del derecho de uso. La Dirección no estima su pretensión: el recurso gubernativo no es cauce para la cancelación de asientos ya practicados, los cuales están bajo la salvaguardia de los tribunales y solo pueden ser modificados mediante consentimiento del titular o resolución judicial.

Resolución de 27 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2951)

Admite la inscripción de un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, en cuanto adjudica al ex esposo una plaza de garaje que había sido adquirida *pro indiviso* por dos cónyuges casados en régimen catalán de separación de bienes, mediando el pago de la mitad de su valor a la ex esposa.

La Dirección recuerda su doctrina. 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. Sin embargo, la liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual y sus anexos entra dentro del ámbito del convenio regulador. Lo que ocurre es que, en el supuesto resuelto, no resulta del convenio el carácter habitual ni la vinculación del garaje respecto de ninguna vivienda. Por otro lado, también tiene declarado la Dirección que el de separación es un régimen matrimonial, por tanto, susceptible de liquidación en convenio regulador, en la cual pueden incluirse los bienes adquiridos constante el matrimonio o antes de este en consideración a la futura vida en común, pero en el convenio del supuesto tampoco consta cuándo se adquirió la plaza de garaje.

La Dirección concluye aplicando el artículo 233-2-3-d CCCat, que incluye como posible contenido del convenio regulador la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

Resolución de 4 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2230)

Deniega la inscripción de acuerdos sobre la disolución de una sociedad anónima, por haber sido convocada la junta por un Administrador con cargo caducado.

El mero transcurso del plazo para el que los administradores fueron elegidos no implica por sí solo el cese del cargo, sino que nace la obligación de convocar junta a fin de evitar que la sociedad quede descabezada y atender a las necesidades de gestión y representación, subsistiendo transitoriamente su cargo y su responsabilidad. Así, el artículo 222 LSC prevé la caducidad del cargo de Administrador solo cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que deba aprobar las cuentas del ejercicio anterior. Ahora bien, esto no implica una prórroga indiscriminada de su mandato, por lo cual la Dirección ha rechazado la inscripción de acuerdos de junta convocada por administradores con cargos vencidos cuando el objeto de la convocatoria

excedía de las previsiones legales, como ocurre en este caso, donde los acuerdos se refieren a la disolución de la sociedad (supuesto y solución similares a los de la Resolución de 13 de mayo de 1998). Por otro lado, la convocatoria corresponde al órgano de administración como tal, no al Presidente del Consejo de Administración sin acreditación del previo acuerdo de este.

Resolución de 19 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2691)

Admite la inscripción de una cláusula estatutaria que prevé que el cargo de Administrador será retribuido, de suerte que cada miembro del Consejo de Administración percibirá una dieta cuya cuantía se fija en los estatutos.

Ciertamente, el artículo 217 LSC establece que, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, será fijada para cada ejercicio por la Junta. La ratio de la norma es atribuir a la Junta, y no a los administradores, la fijación de la cuantía exacta de su remuneración, pero solo en los casos en que la modalidad retributiva prevista en los estatutos exija esta determinación concreta, sin que por tanto pueda impedirse —a falta de prohibición legal expresa— que los estatutos, como norma rectora de la sociedad, establezcan un sistema de retribución consistente en una cantidad máxima anual que deba concretar la Junta (Resolución de 26 de septiembre de 2014, *infra*) o en una cantidad fija determinada en los estatutos, lo cual garantiza mayor certidumbre y seguridad para los socios actuales y futuros y para el propio Administrador.

Resolución de 6 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3020)

Admite la inscripción de una renuncia de Administradora única cuya notificación se ha realizado en junta general debidamente convocada que ha aceptado tal renuncia.

Es doctrina consolidada sobre interpretación del artículo 171 LSC que, sin perjuicio de la posibilidad de convocatoria judicial de la Junta a solicitud de los socios, la renuncia de todos los administradores solo puede inscribirse si se acredita que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad, no siendo preciso ya acreditar su celebración. En esa misma junta, y aunque no constase en el orden del día de la convocatoria, puede acordarse el nombramiento de un nuevo Administrador único. Salvo en los supuestos de junta universal, es presupuesto de validez de los acuerdos su constancia en el orden del día de la convocatoria, pero hay excepciones legales: separación de administradores (artículo 223-1 LSC); ejercicio contra los mismos de acción social de responsabilidad (artículo 238-1 LSC), y nombramiento de quienes hayan de sustituir a los administradores destituidos (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992).

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 7 de enero de 2015 (BOE 36, 11-II-14: 1331)

Admite la inscripción de una reducción de capital de una limitada para restablecer el equilibrio patrimonial disminuido por pérdidas, a pesar de que en el balance incorporado consta una partida de pasivo con signo positivo bajo la denominación «Subvenciones, donaciones y legados recibidos».

Ciertamente, es doctrina de la Dirección la imposibilidad de reducir el capital por pérdidas cuando del pasivo resulte una par-



Resoluciones

tida positiva que minore el importe del capital que se pretende reducir. Se quiere evitar que se reduzcan las expectativas de cobro de los acreedores sociales. Así, para asegurar la certeza del desequilibrio financiero y de la necesidad de la reducción como remedio a las pérdidas, los artículos 322 y 323 LSC establecen unas garantías básicas: que el acuerdo se tome sobre la base de un balance actualizado, verificado por Auditor y aprobado en junta, y que la sociedad carezca de cualquier clase de reservas, o la cuantía que señala de reservas legales en caso de sociedades anónimas. Ahora bien, lo que no cabe es equiparar, a efectos de impedir la reducción de capital por pérdidas, las reservas con las subvenciones y liberalidades, porque su tratamiento en el Plan General de Contabilidad es distinto: dentro del patrimonio neto, solo las reservas son «fondos propios», lo que revela mayor estabilidad y firmeza.

Resolución de 29 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2220)

Deniega la inscripción de un aumento de capital de una limitada con cargo a reservas sobre la base de un balance aprobado por unanimidad de los socios y verificado por Auditor, por expresar este determinada salvedad al no haber dispuesto de información financiera sobre dos sociedades participadas.

El aumento de capital con cargo a reservas consiste en una simple operación contable: una transferencia de fondos de una cuenta a otra del pasivo del balance. No supone alteración patrimonial cuantitativa (los recursos propios y el patrimonio social seguirán siendo los mismos), pero sí cualitativa, ya que los fondos transferidos pasan de un régimen de disponibilidad como reservas a otro de indisponibilidad como capital. Así, un requisito esencial para la capitalización de las reservas es que sean de libre disposición. Por ello, no es posible en tanto existan pérdidas que hayan de enjugarse previamente. Y por ello también, debe garantizarse que los posibles ajustes en el balance que, según el informe del Auditor, podrían ser necesarios no desvirtuarían la existencia de reservas disponibles en la cuantía aplicada al aumento de capital.

Resolución de 6 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2235)

Admite la inscripción de unos acuerdos de junta convocada en cuyo orden del día se incluye la reducción del capital a cero con simultánea ampliación a 4.500 euros. A la junta asisten las tres socias y, con el voto favorable de dos de ellas, que representan el 66,66 % del capital, se acuerda la ampliación anunciada, pero con una prima de emisión de 31.500 euros.

Para la validez de los acuerdos adoptados, es precisa la validez de la propia junta, uno de cuyos presupuestos es la previa convocatoria incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime no solo de la celebración de la junta, sino también de los temas a tratar en ella. Por otro lado, en la convocatoria de junta para modificar estatutos hay que expresar con la debida claridad los extremos que han de modificarse (artículo 287 LSC). Ahora bien, el legislador solo considera susceptibles de impugnación los acuerdos en que concurre causa calificada de nulidad y siempre que el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe.

En el caso resuelto, el anuncio de convocatoria carece de la debida claridad, porque omite referirse a una prima de emisión que sep-

uplica el importe del capital. Sin embargo, del acta notarial de junta resulta también que la socia disidente, haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 196 LSC, retiró una copia del informe de auditoría obligatorio en las operaciones de reducción por pérdidas (artículo 323 LSC), del cual resultaba claramente que la solución a la situación económica de la sociedad pasaba por la reducción, ampliación y prima acordadas. Resultaría desproporcionado considerar inválida la junta y sus acuerdos, cuando resulta que la socia disidente pudo conocer el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta.

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 14 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1678)

Deniega el depósito de cuentas de una limitada por falta de constancia del código CNAE correspondiente a la principal actividad de la sociedad, que viene expresamente exigido por el artículo 20-2 de la Ley de Emprendedores.

Resolución de 28 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2219)

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). Si la nueva administración aún no inscrita desea reabrir el folio de la sociedad, puede hacerlo, pero presentando conjuntamente la documentación que permite la reapertura del folio —en este caso, las cuentas omitidas— y aquella de la que resulta el nombramiento del nuevo Administrador (artículo 378 RRM).

FUSIÓN/ESCISIÓN

Resolución de 19 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1868)

Admite la inscripción de una fusión por absorción en el supuesto del artículo 51 LME (absorción de sociedad íntegramente participada, llevada a cabo sin acuerdo de la Junta de la sociedad absorbente) considerando suficiente la publicación del proyecto de fusión en un periódico de gran circulación, sin necesidad de publicarlo además en el *BORME*.

Tras las reformas derivadas de la legislación comunitaria, el procedimiento de fusión no es un rito formado por pasos de inexorable concurrencia, sino que su mayor o menor complejidad viene determinada por los intereses presentes en cada situación concreta. El sistema de protección de los acreedores previsto en general por el artículo 43 LME comprende la publicación del texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión, incluyendo el derecho de oposición de los acreedores, en el *BORME* y, además, en un periódico de gran circulación. Pero, en el supuesto del artículo 51, queda simplificado: exige la publicación del proyecto común de fusión, incluyendo el derecho a examinar ciertos documentos o a su envío gratuito, en la web social o, en su defecto, en el *BORME* o (disyuntiva) en un periódico. En el supuesto resuelto, tanto el proyecto de fusión depositado en los dos registros mercantiles como el anuncio de su íntegro contenido en un diario hacen referencia expresa al derecho de oposición de los acreedores de las dos sociedades, constando, además, la manifestación de los respectivos administradores de que ningún acreedor se opuso a la fusión.



JUNTA DE SOCIOS

Resolución de 13 de enero de 2015 (BOE 43, 19-II-15: 1676)

Los estatutos de una limitada prevén que la convocatoria de junta se hará telemáticamente mediante firma electrónica y, de no ser posible, mediante cualquier otro procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción. Ahora la Dirección considera válidamente convocada una junta en la cual, según el acta notarial que la documenta, al socio no asistente se le comunicó la convocatoria por simple correo electrónico, pero incorporándose también al acta un burofax remitido por dicho socio en que manifiesta haber recibido la convocatoria por correo electrónico y considerar que, al no ser una forma ajustada a los estatutos, la junta debe ser nula.

Dentro del procedimiento, previsto como subsidiario en los estatutos, de comunicación individual y escrita que asegure la recepción, encaja el correo certificado con aviso de recibo (Resolución de 16 de abril de 2005), a lo que debe añadirse que, acreditada la remisión y recepción de la comunicación postal, no cabe exigir la acreditación fehaciente de su contenido, sino que incumbiría al socio la prueba de la falta de convocatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2011). También encaja la remisión por procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica. E incluso (Resolución de 28 de octubre de 2014, *infra*) el simple correo electrónico complementado con solicitud de confirmación de lectura o algún otro procedimiento que permita el acuse de recibo del envío, que es lo que ha ocurrido en el supuesto resuelto, donde el socio ausente ha reconocido mediante burofax haber recibido el correo electrónico con el contenido objeto de comunicación.

Resolución de 18 de febrero de 2015 (BOE 62, 13-III-15: 2688)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad anónima porque en la convocatoria de la junta que las aprobó no había alusión alguna al derecho de información de los accionistas.

Es doctrina de la Dirección que el derecho de información de los accionistas es unitario, por lo cual la falta de alguno de sus requerimientos en la convocatoria afecta a la totalidad (Resolución de 29 de noviembre de 2012). Tan rigurosa doctrina debe mitigarse, debido a los devastadores efectos de la nulidad, entendiéndose que los defectos meramente formales de escasa relevancia pueden orillarse en casos concretos, siempre que no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Sin embargo, en el supuesto resuelto, se ha producido una ausencia total y absoluta del derecho de información que implica una contravención frontal del artículo 272 LSC.

Resolución de 4 de marzo de 2015 (BOE 69: 21-III-15: 3016)

Admite la inscripción de un acuerdo de aumento de capital, sin necesidad de exigir que se justifique la representación de una comunidad hereditaria que comparece en la junta. En los supuestos de cotitularidad sobre acciones o participaciones, el artículo 126 LSC exige que los cotitulares designen a una persona para el ejercicio de los derechos de socio, que es lo que ocurre en este caso, donde el Presidente de la Junta la entiende válidamente constituida.

La Dirección recuerda su doctrina. Los asientos del libro-registro de socios no tienen alcance sacramental, por lo que el órgano de

administración puede considerar socio a quien lo acredite debidamente pese a no constar en el libro (Resolución de 26 de noviembre de 2007). Corresponde al Presidente de la Junta emitir la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha tomado una decisión acerca de las posibles reclamaciones (Resolución de 29 de noviembre de 2012). El Registrador solo dejará de estar vinculado por esta declaración cuando de los hechos resulte una situación de conflicto que patentice la falta de legalidad y acierto de la declaración, lo que ocurrirá en casos como los de juntas contradictorias (Resolución de 20 de diciembre de 2012), existencia de dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o de dos libros-registros diferentes (Resolución de 13 de febrero de 1998). Fuera de estos casos, habrá que estar a la declaración del Presidente.

OBJETO SOCIAL

Resolución de 20 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1869)

Admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de una donación otorgada por una sociedad limitada cuyo objeto social es la construcción y comercialización de inmuebles.

Es cierto que las sociedades de capital se caracterizan por el ánimo de obtener una ganancia. Pero hay que partir de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derecho (artículos 38 CC y 116-2 CCom.), de modo que el Tribunal Supremo reconoce que las sociedades mercantiles pueden desplegar lícitamente tanto actividades estatutarias (dentro del objeto), como neutras (que no suponen desarrollo inmediato del objeto) y extraestatutarias (incluyendo las claramente extravagantes y ajenas al objeto). Pero es que, además, hay que distinguir entre el objeto social y los actos aislados de liberalidad admisibles, bien porque beneficien indirectamente a la sociedad (lo que les da el carácter de gasto extraordinario, como sucede con los regalos propagandísticos), bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres, bien porque busquen remunerar en cuantía no exorbitante servicios de un antiguo empleado no exigibles legalmente (artículo 619 CC), o bien por tratarse de donaciones puras y simples hechas —excepcional o regularmente— por razones de solidaridad social u otras que no comprometan el objeto lucrativo, posibilidad reconocida por la legislación fiscal. La admisibilidad de tales donaciones tiene como presupuesto el cumplimiento de las normas imperativas sobre protección del capital social como cifra de garantía frente a los acreedores.

No resulta de modo patente que la donación del supuesto contradiga el objeto de la sociedad donante, atendiendo a las circunstancias concretas, así como la relación cuantitativa entre el valor de los bienes donados y el patrimonio social, o la situación actual de deflación de precios en el mercado inmobiliario, con peligro de que los gastos de mantenimiento puedan volverse desproporcionados en comparación con el precio o la utilidad de lo donado.

Resolución de 13 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2567)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada cuyo objeto está constituido por servicios destinados a comunidades de fincas, comprendiendo administración, reparación, mantenimiento, limpieza, electricidad, fontanería, tejados y otros, citando como CNAE los números 41.10 y 41.21.



Resoluciones

El artículo 20 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, impone, a fines estrictamente estadísticos, la exigencia de hacer constar el código CNAE de la actividad principal. El Registrador deberá verificar —en aras de la eficacia de la norma— que el código reseñado se corresponda con el contenido en el listado vigente (Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, que aprueba la CNAE 2009). Los números de código invocados en la escritura calificada se corresponden en el listado reglamentario con actividades de promoción inmobiliaria y construcción de edificios residenciales, mientras que las actividades realmente integrantes del objeto se corresponden más bien con subdivisiones de los códigos 68.3 (actividades inmobiliarias por cuenta de terceros), 81.1 (servicios integrales a servicios e instalaciones) y 81.2 (actividades de limpieza).

UNIPERSONALIDAD

Resolución de 23 de enero de 2015 (BOE 47, 24-II-15: 1874)

Declara inscribible una escritura de adopción de acuerdos de sociedad unipersonal, sobre cese y nombramiento de Administrador único y declaración de cambio de socio único, otorgada por el nuevo Administrador nombrado por el nuevo socio único (sin concurrencia de la anterior Administradora y socia única, que aún figura inscrita en ambos conceptos en el Registro Mercantil). En la escritura se solicita la inscripción de los acuerdos sin necesidad de notificación fehaciente a la anterior Administradora (artículo 111 RMM), por cuanto la elevación a público no se hace por certificación, sino por adopción de acuerdo de junta universal celebrada ante Notario por el nuevo socio único, quien, pese a no constar inscrita su condición, la acredita mediante otra escritura del mismo Notario por la que la anterior socia le vendió todas las participaciones sociales.

La certificación de los acuerdos de sociedad unipersonal puede ser hecha por el Administrador o por el socio único (artículos 108 y 109 RRM). Para que la certificación del Administrador sea inscribible, hace falta que su cargo esté vigente e inscrito. Sin embargo, la inscripción de la certificación del socio único no exige la previa inscripción de este, siempre que se acredite tal condición, lo cual queda suficientemente cumplido en el supuesto resuelto con la presentación del título de adquisición de todas las participaciones. No se pueden poner en duda los efectos de la escritura pública como título legitimador de propiedad y, en este caso, el asiento registral de socio único no tiene eficacia más que de mera publicidad. Si el Notario autorizante de la escritura de elevación ha tenido a la vista el título que acredita esa titularidad del socio único y en el mismo no existe nota de transmisión posterior (artículo 174 RN), es suficiente la acreditación para la celebración de la junta en la que se toman los acuerdos que se contienen en el documento que se presenta a inscripción.

Resolución de 5 de febrero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2233)

Admite la inscripción de un acuerdo de junta sobre traslado de domicilio adoptado según la certificación por «*todos los socios*» de una sociedad en cuya identificación no se hace constar la unipersonalidad, situación que, no obstante, sí que resulta del Registro.

El Mercantil es un registro de personas, en el que el principio de tracto sucesivo no tiene igual alcance que en un registro de bienes.

La circulación de participaciones sociales opera al margen del Registro. La omisión de la publicidad registral de la unipersonalidad sobrevenida se sanciona con la responsabilidad personal e ilimitada del socio único. Pero el hecho de que el Registro publique una situación de unipersonalidad o la existencia de un socio único que no es el actual no impide la inscripción de acuerdos sociales adoptados por el órgano competente.

Además, en el caso resuelto, la referencia a «*todos los socios*» puede deberse a que varias participaciones están gravadas con usufructo. Y la omisión de la especificación de unipersonalidad en la identificación social carece de entidad suficiente para impedir la inscripción.

SUCESIONES

Resolución de 29 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 578)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia otorgada solo por los herederos por falta de intervención de aquellos legitimarios cuya legítima estricta les había sido legada en metálico. La causante no designó contador partidor. Mediante acta notarial, se notificó a los legitimarios ausentes el inventario de bienes y el importe de su legítima, requiriéndoles para que la retirasen del banco donde estaba depositada en metálico previa aceptación de las operaciones particionales, todo lo cual fue rechazado por los requeridos en la contestación al acta.

En Derecho común, la naturaleza de la legítima es la de una *pars bonorum*. 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 o, en su defecto, aprobación judicial (artículo 847 CC). A falta de contador-partidor, es imprescindible la concurrencia del legitimario en la partición.

Resolución de 27 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2217)

La sucesión intestada a favor del Estado queda sometida a un doble control judicial que se produce, primero, en la declaración de heredero y, después, en la entrega de los bienes relictos, la cual deberá realizarse mediante el acta prevista en el artículo 9 del Real Decreto 1373/2009, de modo que, declarado el Estado heredero abintestato, para inscribir los bienes a su favor, no basta presentar testimonio del auto junto con un inventario de bienes, sino que hace falta, además, solicitud de entrega del Delegado del Gobierno dirigida al Juzgado, debiendo levantarse acta de la entrega, que será necesaria para las ulteriores actuaciones de administración y liquidación de la herencia, para la disposición de los bienes adquiridos y para la distribución del caudal prevista en el artículo 956 CC. La Dirección reproduce los términos de la Resolución de 7 de marzo de 2009, que sentaba la misma doctrina, si bien en relación con el hoy derogado Real Decreto 2091/1971.

Por ello, en el caso resuelto, la Dirección deniega la inscripción de un auto de declaración de herederos a favor del Estado donde el Juez hace constar la imposibilidad de entregar la finca (por no haber tenido el inmueble a su disposición y carecer de las llaves), pretendiéndose suplir el acta de entrega mediante una certificación administrativa de incorporación de la finca a la relación de bienes. El artículo 9-2 permite a la Administración instar del Juzgado la entre-



ga de nuevos bienes no previstos en el inventario-relación original, pero no incluir o excluir libremente bienes del acta de entrega, que debe quedar bajo control judicial.

Resolución de 13 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2569)

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación parcial de herencia otorgada solo por el hijo a quien el testador instituyó heredero único, por falta de comparecencia o ratificación de los demás hijos legitimarios, a quienes el causante legó cosas ciertas y determinadas.

Resulta aplicable al caso la legislación de Mallorca incluida en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990), que coincide con el Derecho común en configurar la legítima como *pars bonorum* que atribuye al legitimario una porción del haber hereditario que debe pagarse en bienes de la herencia. El testamento contiene normas particionales, pero no constituye una verdadera partición hecha por el causante, porque no contiene todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes, en las cuales está interesado el legitimario.

Resolución de 23 de febrero de 2015 (BOE 67, 19-III-15: 2946)

Recapitula la doctrina de la Dirección sobre la calificación del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH) en materia de anotaciones de embargo por deudas del causante o sus herederos, distinguiendo estos supuestos:

- Si son deudas del titular registral fallecido antes o durante el procedimiento, la anotación requiere acreditar: su fallecimiento, y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, indicando sus circunstancias personales; si falleció durante el procedimiento, habrá que acreditar también que se demandó al titular registral (artículo 166-1-1.º RH).
- Si el titular registral falleció antes de iniciado el procedimiento y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, habrá que acreditar: el fallecimiento, y que la demanda se ha dirigido contra tales herederos, indicando sus circunstancias personales, y acompañar los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades (artículo 166-1-2.º RH).
- Si son deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o si son deudas de herederos indeterminados, hay que acreditar: o bien el nombramiento y la demanda al Administrador Judicial de la herencia yacente, o bien que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia.

En aplicación de esta doctrina y respecto de la inscripción de un auto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución ordinario, la Dirección considera que se ha cumplido con el principio de tracto sucesivo, porque se cumplen todos los requisitos exigidos en el primero de los supuestos expuestos. Así, la demanda al titular registral y la continuación del procedimiento con sus herederos resultan del título presentado (y, por lo tanto, su fallecimiento).

No obstante, la inscripción se deniega por otros defectos: estando inscrito el bien a nombre del demandado, pero para su comunidad conyugal, no consta del título la demanda o notificación al

cónyuge del titular (sin que sean admisibles fórmulas genéricas que den por notificado al cónyuge del demandado, puesto que aquí de lo que se trata no es de protegerlo como tal cónyuge, sino como cotitular de la comunidad); por otro lado, no consta la identidad del Secretario Judicial que suscribe las diligencias (Resolución de 22 de marzo de 2010).

Resolución de 3 de marzo de 2015 (BOE 69, 21-III-15: 3014)

Suspende la inscripción de una escritura de herencia otorgada solo por la hija legitimaria, a quien el testador instituyó única heredera, legando al otro hijo ciertos bienes que, junto con otros que el causante manifiesta haberle dado ya en vida, cubren con creces su legítima estricta, que se le lega. El testador también ordena que ciertas fincas se vendan para reinvertir su importe en bienes raíces o acciones con los que asegurar ingresos a su pareja de hecho.

Estas disposiciones del causante quedan pendientes de cumplimiento ulterior, por lo que son meras normas particionales, pero no constituyen verdadera partición por el testador (artículo 1056 CC), la cual —de existir— sería obligatoria en cuanto no perjudicase las legítimas y determinaría la adquisición directa de los bienes hereditarios por los herederos y su inscribibilidad, sin perjuicio de las acciones de impugnación. La partición debe incluir varias operaciones, aunque la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986) mantiene un criterio permisivo en caso de falta de alguna de ellas. En el caso resuelto, no hay una descripción de bienes suficiente para constituir inventario particional. En principio, no sería obstáculo que faltase el avalúo, pues el propio testador podría dejarlo a la liquidación tras su fallecimiento, pero, en este caso, se hace imprescindible el asentimiento del legitimario ausente, ya que su legado de legítima estricta depende directamente de la valoración de bienes. Respecto de las deudas, la partición exige su liquidación —al menos, la aclaración de qué ocurrirá con ellas (si existen o no, si han sido aceptadas con o sin beneficio de inventario)—, para lo cual es precisa la intervención de todos los herederos, salvo que se acredite la inexistencia de deudas o su asunción íntegra por el otorgante, que es precisamente lo que ocurre en el supuesto resuelto. En definitiva, la especial condición del legitimario en Derecho común, donde la legítima es *pars bonorum*, hace imprescindible su concurrencia a la partición, a falta de contador-partidor designado por el testador (artículo 1057-1 CC).

URBANISMO

Resolución de 17 de diciembre de 2014 (BOE 20, 23-I-15: 574)

Deniega la inscripción de una certificación, expedida por el Secretario Municipal con el visto bueno del Alcalde, por la que se eleva a definitiva la cuenta de liquidación de una reparcelación, por estar caducada la afección real en garantía del cumplimiento de las obligaciones urbanísticas. La Dirección remite a la doctrina de la Resolución de 13 de junio de 2014. Respecto de la alegación de que en su día no se hizo constar correctamente en el Registro la liquidación provisional de la reparcelación, los asientos están bajo la salvaguarda de los tribunales y su rectificación debe hacerse por los medios del artículo 40 LH.



Resoluciones

USUCAPIÓN

Resolución de 11 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2564)

Admite la inscripción de una sentencia que declara la adquisición por usucapión de quien había adquirido en documento privado de sucesivos adquirentes hasta remontarnos a los titulares registrales. Resulta de la sentencia que han sido demandados tanto los titulares registrales como todos los titulares intermedios, y que se han cumplido todos los requisitos del artículo 1959 CC para la consumación de la usucapión extraordinaria.

La Registradora exige la reanudación del tracto. Y, ciertamente, la Dirección asume la distinción: la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdrá para reanudar el tracto si aparecen como demandados los titulares registrales y todos los intermedios hasta enlazar con el demandante; ahora bien, en el caso de la usucapión extraordinaria, el procedimiento deberá ser entablado contra el titular registral, pero no será necesario acreditar la validez de los títulos intermedios, pues no se precisa ni la buena fe ni el justo título, sino solo la posesión por el plazo y con los requisitos legales. Lo que ocurre es que, en el caso resuelto, se cumplen ambas cosas: han sido demandados los titulares registrales y todos los intermedios, y, además, la sentencia ordena realizar todos los actos conducentes a la inscripción a favor de los demandantes.

VUELO

Resolución de 29 de enero de 2015 (BOE 52, 2-III-15: 2221)

Admite la inscripción de una obra «antigua», declarada en ejecución de un derecho de vuelo, cuya terminación en 1965 se acredita mediante certificación de Arquitecto Técnico, a los efectos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997. Ciertamente, la certificación no contiene una descripción completa de la vivienda y existen algunas discrepancias en cuanto a su superficie (50 decímetros cuadrados) y la denominación de la calle. Pero lo que las normas exigen acreditar

es la realidad de la obra, que se respete la licencia o hayan prescrito las medidas urbanísticas y que no haya duda sobre la identidad de la finca. A diferencia de las inmatriculaciones, en este caso, no hay una exigencia legal de coincidencia total.

También se desestiman los demás defectos. Pese a lindar con vías públicas, no es necesario acreditar que el suelo no se encuentra afectado por servidumbres de uso público general, cuando tal extremo no resulta ni del historial de la finca, ni de bases gráficas, ni del título. No hace falta acreditar el consentimiento de todos los titulares del edificio sobre el que se materializa el derecho de vuelo, pues su ejercicio se le atribuye unilateralmente a su titular al constituirlo.

Resolución de 11 de febrero de 2015 (BOE 59, 10-III-15: 2563)

Consta inscrito un derecho de vuelo o levante desde 1958, sin especificación del número de plantas construibles ni su cuota de participación en los elementos comunes (exigencias que impondría después la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959). En ejercicio del derecho, se inscribió posteriormente la declaración de obra de una nueva planta, pero sin dividir horizontalmente el edificio. Ahora se pretende la inscripción de una instancia de heredera única en la cual esta se adjudica el derecho de levante. El Registrador lo deniega por entender ejercitado y extinguido el derecho.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción por considerar subsistente el derecho. Vigente y no cancelado el asiento, el principio de legitimación implica una presunción de existencia y titularidad del derecho de vuelo. En consecuencia, la construcción de una primera planta no implica la extinción del derecho, salvo que los interesados hubieran dado por concluida la elevación de nuevas plantas, para lo que sería preciso constituir el régimen de propiedad horizontal o acordarlo así los titulares. Una inscripción donde la finca matriz contuviera una asignación del 100 % de las cuotas sin reserva del derecho de vuelo determinaría la extinción por agotamiento del mismo. Pero no ocurre así en este expediente, donde no ha habido división horizontal ni establecimiento de cuotas.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

POTESTAD PARENTAL

Para aceptar una donación pura y simple en nombre del menor de edad, deben intervenir los dos progenitores; no es suficiente la comparecencia del que tiene la guardia y custodia del menor, salvo que se le haya atribuido el ejercicio de dicha facultad

Resolución JUS/77/2015, de 7 de enero (DOGC de 2 de febrero de 2015)

RESUMEN: Se otorga escritura de donación pura y simple a favor de una menor representada solo por uno de los titulares de la potestad parental, la que ejerce la guarda y custodia de la menor por razón del divorcio de los progenitores. La Registradora de la Propiedad exige el consentimiento del otro titular de la potestad parental. El Notario autorizante recurre alegando que dicho consentimiento solo es necesario en relación con los actos de administración extraordinaria (art. 236-11 CCCat), que son definidos por el art. 236-8 como aquellos que requieren autorización judicial, mientras que el art. 236-27.e) solo requiere la autorización judicial para aceptar las donaciones que sean modales u onerosas; en cambio, argumenta el recurrente, en las donaciones puras y simples no es necesaria dicha aceptación, ni el consentimiento de ambos titulares de la potestad parental, ya que son beneficiosas para la menor.

La DGDEJ resuelve previamente una cuestión formal, pues la Registradora califica el recurso como extemporáneo. De hecho, entre la fecha de la nota de calificación y la del recurso hay un «escrito» (calificado así por la Registradora) mediante el cual esta comunica al Notario que está conforme con la subsanación de otro defecto de la misma escritura (faltaba el NIF de la donataria), pero que queda pen-

diente de enmendar el que da lugar a esta resolución. La DG califica este «escrito» como «auténtica calificación», puesto que está firmado por la Registradora y comunica la existencia de un defecto (aunque no contenga expresión de los recursos procedentes), siguiendo la doctrina de las RRDGRN de 2 de diciembre de 2004 y de 15 de octubre de 2005. Además, señala que el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, dispone que las notificaciones que omitan la expresión de los recursos que procedan surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de notificación o interponga el recurso que proceda, de lo que la DG infiere que la nota de calificación surtirá efecto en el momento en que se haya notificado, y desde entonces empezará a contar el plazo de impugnación, por lo que debe admitir el recurso.

En la cuestión de fondo, la DGDEJ desestima el recurso. Estando atribuidos el ejercicio de la potestad parental y, por ende, la representación legal de la menor a ambos progenitores conjuntamente por la ley, y sin que la sentencia de divorcio o el acuerdo de aquellos dispongan lo contrario, entiende el centro directivo que tampoco concurre ninguno de los supuestos excepcionales previstos por el art. 236-10 (imposibilidad, ausencia o incapacidad), por lo que es necesaria la intervención de ambos progenitores. Por otra parte, el art. 236-11.6, alegado por el Notario, solo es aplicable a los casos en que, existiendo vida separada de los progenitores, el ejercicio de la potestad parental haya sido atribuido a uno solo de ellos, lo cual no ocurre en el presente caso. Por lo tanto, en lugar de alegar el art. 236-11, debería haberse alegado la aplicación del art. 236-8.2.a), conforme al cual «en los actos de administración ordinaria y respecto a terceros de



Resoluciones

buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro». Aun así, la DG entiende que este precepto no es aplicable al caso que nos ocupa, pues: a) la aceptación de una donación de un inmueble no es un acto de administración, sino de aceptación de la propiedad, que comportará obligaciones procesales, fiscales y otras derivadas de la titularidad de un bien inmueble; b) el precepto no excluye la necesidad del consentimiento del otro progenitor, sino que solo lo presume; c) el donante debería ostentar la condición de tercero de buena fe, lo que no tiene, ya que es parte en el negocio jurídico de la donación y conoce la minoría de edad de la donataria. En consecuencia, estima aplicable el art. 236-8.1 (ejercicio conjunto de la potestad parental).

No obstante, la DGDEJ señala el contraste entre esta solución y la posibilidad recogida por el art. 531-21, que permite la aceptación de la donación hecha por el propio menor con capacidad natural sin intervención de los progenitores. Esta opción, sin embargo, no fue la escogida en este caso, por lo que no puede ser objeto del recurso.

COMENTARIO: Evidentemente, no estamos ante una cuestión de capacidad, sino de representación legal, aunque esta deba intervenir ante la ausencia de la primera, pues el Notario autorizante habrá juzgado la falta de capacidad natural de la menor para aceptar la donación (desconocemos su edad), dada la posibilidad que le confiere el art. 531-21. Dentro del ámbito de la representación legal, el Libro II establece el principio general del ejercicio conjunto de la potestad parental por ambos progenitores y las excepciones al mismo, que, como tales, deben interpretarse restrictivamente. Estoy de acuerdo con la DGDEJ en que el caso que contemplamos no entra dentro del ámbito de ninguna de dichas excepciones.

Cuestión distinta es si, *de lege ferenda*, la solución legal es la adecuada, especialmente a la vista del art. 531-21, que permite al menor con capacidad natural aceptar donaciones puras y simples por sí solo. Posiblemente, armonizaría mejor con el fundamento de dicho precepto permitir la intervención de solo uno de los progenitores para tales actos, que por su naturaleza no perjudican al menor. Debemos tener en cuenta, no obstante, que en materia sucesoria no existe una norma similar al art. 531-21, pues el art. 461-9.1 exige para aceptar una herencia la capacidad de obrar con carácter general, por lo tanto, incluso para el caso de aceptación a beneficio de inventario (que, por su naturaleza, tampoco perjudica al patrimonio del menor).

En la cuestión formal, creo que la DGDEJ no interpreta correctamente el art. 58 de la Ley 30/1992. En mi opinión, dado que la segunda nota de calificación no expresa los recursos procedentes, el plazo para la interposición del recurso no cuenta desde la notificación de la nota, sino desde la propia interposición del recurso («surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de notificación o interponga el recurso que proceda», dice el precepto), pues no se menciona que se hayan realizado otras actuaciones que supongan el conocimiento de la nota, lo que equivale a decir que, en el caso presente, el recurso podía interponerse en cualquier momento.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Se entiende prestado el consentimiento al acuerdo limitativo de una facultad de uso y disfrute del algún propietario si este, no habiendo asistido a la junta general y

habiendo sido debidamente notificado del acuerdo, no se opone al mismo en el plazo legal

Resolución JUS/105/2015, de 7 de enero (DOGC de 5 de febrero de 2015)

RESUMEN: En 2014 se celebra una junta general de propietarios de un edificio en la que se acuerda prohibir la actividad de alquiler o arrendamiento turístico de las viviendas del edificio, incorporando a los estatutos una disposición en dicho sentido. Una de las viviendas del edificio estaba destinada a la actividad de vivienda de uso turístico. El acuerdo se adopta con el voto favorable de todos los propietarios asistentes, entre los cuales no se encontraba el propietario de la vivienda en cuestión. El acta de la junta se notificó a todos los propietarios ausentes y ninguno de ellos, ni siquiera el propietario afectado por la prohibición, manifestó su oposición a la misma.

Elevado a público el acuerdo y presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, la Registradora suspende la inscripción por faltar el consentimiento unánime de los propietarios, al tratarse de un acuerdo limitativo de las facultades de uso de los elementos privativos.

La DGDEJ revoca la nota de la Registradora evocando la doctrina que ha ido elaborando a lo largo de las ya numerosas resoluciones que recientemente han tratado el tema de los acuerdos estatutarios que disminuyan las facultades de uso de los propietarios (RR de 21 de abril de 2010, de 28 de octubre de 2013 y de 9 y 14 de octubre de 2014). En las tres primeras, se había adoptado el acuerdo con la oposición del propietario afectado y, en la última, con su abstención. En todas ellas, el propietario perjudicado había estado presente en la junta general y la DG denegó la inscripción del acuerdo. En cambio, en la que nos ocupa, el propietario afectado no solo no estaba presente, sino que ni siquiera se opuso al acuerdo en el plazo legal (un mes a contar de la notificación). Al no haberse opuesto, la DG ya declaró (R de 14 de octubre de 2014, FD 3.º) que «*la ley atribuye directamente a su actitud el sentido de una declaración de voluntad en sentido positivo que se equipara al consentimiento al cual se refiere el artículo 553-25.4 del CCC*», con base en el art. 553-26.2, que dispone que «*se computan favorablemente los votos que corresponden a los propietarios que, convocados correctamente, no asisten a la reunión, si después no se oponen al acuerdo*».

La cuestión central consiste, pues, en la coordinación de estos dos preceptos, pues la Registradora considera que el art. 553-26.2 CCCat es una norma de carácter general que no se puede utilizar cuando hay una regla especial, como el art. 553-25.4 (que dice literalmente: «*Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*»). La DGDEJ insiste en equiparar la inacción del propietario al consentimiento expreso, bajo el argumento de que la ley «*incentiva la participación de los propietarios en las juntas e impone una carga a los abstencionistas, que, a pesar de haber sido convocados correctamente, no asisten a la reunión, ya que, si quieren evitar que el acuerdo limitativo los afecte, se tienen que oponer y manifestar expresamente su oposición*», lo cual «*no supone desprotección de los propietarios no asistentes*», que «*no puede[n] [...] persistir en su actitud abstencionista, que puede obstaculizar la adopción de acuerdos que requieran unas determinadas mayorías o que recojan el interés mayoritario o casi unánime de la comunidad*».



Yendo un poco más al fondo de la cuestión, la DGDEJ entiende que *«la relación entre los artículos 553-25.4 y 553-26.2 CCC no es una relación entre norma especial y norma general, sino que los dos recogen normas generales en sus respectivos ámbitos de aplicación. El artículo 553-25.4 CCC se aplica a los acuerdos que disminuyen las facultades de uso de cualquier propietario respecto de los propietarios asistentes a la junta, [mientras] que el artículo 553-25 CCC se refiere con carácter general a los acuerdos adoptados por los propietarios asistentes a la reunión»*, circunstancia esta última que considera *«reconoce la Registradora de la Propiedad cuando afirma en su informe que “limitar el uso del derecho de propiedad [...] no puede afectar a los titulares que no lo consintieron en la reunión de la comunidad”»* (la Registradora había alegado en su informe que *«las limitaciones de uso necesitan de un acto especial de constitución [...] y se tienen que interpretar en sentido restrictivo»*). Sigue diciendo la DG que *«el art. 553-26.2 CCC, por su parte, se aplica igualmente a estos acuerdos [los limitativos del uso] —así como a cualquier otro adoptado en junta—, pero ahora respecto de los propietarios no asistentes [...]. El que en el ámbito del art. 553-26.2 CCC la “no oposición” se equipare a un “consentimiento” no quiere decir que se considere un “consentimiento expreso”, ya que no hay una exteriorización de voluntad en este sentido, pero tampoco puede calificarse de “consentimiento tácito”, porque no existe una conducta de la cual se pueda deducir inequívocamente una declaración de voluntad: se trata de un “consentimiento legal”, en el sentido de que lo impone la ley y, como tal consentimiento, produce los efectos que le son propios»*. Al argumento de la Registradora de que *«nadie puede ser privado de sus derechos sin una causa legal o mediante su voluntaria renuncia»*, responde que el art. 553-26.2 constituye la *«causa legal que determina la privación de los derechos del propietario»*. En definitiva, es la ley la que impone la limitación, por lo que *«no se vulnera la necesaria concurrencia de un consentimiento cuya existencia sanciona la propia ley, ni el principio de tracto sucesivo, así como tampoco la exigencia de interpretación estricta de las limitaciones del derecho de propiedad»*.

COMENTARIO: Creo que la DGDEJ y la Registradora van demasiado lejos en sus referencias a las limitaciones del dominio y que simplemente nos hallamos ante una cuestión de interpretación literal o gramatical del art. 553-25.4 y sistemática del 553-26.2.

Si el art. 553-25.4 dijera que los acuerdos limitativos de uso y goce requieren el consentimiento de los propietarios afectados, *«manifestado en cualquiera de las formas previstas en el art. 553-26»*, estaría totalmente de acuerdo con la DGDEJ (y, posiblemente, no habría caso). O incluso si se limitara a decir *«que los consienta»*. Pero, en lugar de eso, exige que el propietario los *«consienta expresamente»*. Y el uso del adverbio *expresamente* me conduce a la duda. ¿Qué necesidad tendría el legislador de utilizarlo, si lo que realmente quería era que también pudiera aplicarse el *«consentimiento legal»* (o tácito o presunto, como se quiera llamar) del art. 553-26.2? En tal caso, hubiera bastado con decir *«los consienta»*. Pero no lo hace, sino que añade *«expresamente»*. ¿Es una simple redundancia, como pretende la DG? ¿O bien añade un «plus» de consentimiento, como alega la Registradora de la Propiedad? Yo, personalmente, si se me permite, creo que nunca lo sabremos, mientras no se modifique la redacción del art. 553-25.4. Entre tanto, la DG ha elaborado su doctrina, que ha sido cuestionada por los registradores cuyas notas de calificación han dado lugar a las resoluciones que reiteradamente se han ocupado de esta cuestión en los últimos tiempos.

Dudo también, por razones sistemáticas, que el art. 553-26.2 pretenda ser *«la causa legal»* de la limitación del dominio que regula el art. 553-25.4, porque el precepto que regula dicha limitación del dominio no es el art. 553-26, sino el art. 553-25. El art. 553-26.2 solo pretende facilitar la adopción de acuerdos por la junta general, pero no, a mi juicio, constituir una excepción al art. 553-25.4. De ser así, este debería recogerla, y no solo no lo hace, sino que, además, exige el consentimiento *«expreso»*. Porque o bien la limitación la establece la ley, o bien la consiente el propietario; después de todo el razonamiento de la DGDEJ, no me ha quedado claro cuál de las dos causas ha considerado que concurre.

Finalmente, creo que el centro directivo debería reproducir con mayor extensión y en la *«Relación de hechos»* los argumentos contrarios a la resolución (sean del Registrador o del recurrente), y no limitarse a recogerlos fragmentariamente en los *«Fundamentos de derecho»*, básicamente con la finalidad de rebatirlos a continuación o incluso con la de apoyarse en alguna frase de las utilizadas por el argumentante (tales como *«reconoce la Registradora»*). Creo que sería más equitativo y enriquecedor.

CADUCIDAD DE UN DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

El derecho de adquisición preferente constituido no está sujeto a caducidad, pues se ha configurado como parte inseparable del derecho de propiedad de las fincas que tienen derecho a él

Resolución JUS/360/2015, de 3 de febrero (DOGC de 9 de marzo de 2015)

RESUMEN: En una escritura de compraventa de una finca otorgada en 1968, inscrita en el Registro de la Propiedad, se pactó un derecho de adquisición preferente para el caso de venta a favor del vendedor de la misma y de los propietarios de las fincas colindantes, derecho que, junto con otras obligaciones que asumían los compradores, se garantizó con condición resolutoria expresa. Los propietarios de la finca presentan en 2014 una instancia solicitando una certificación de dominio y cargas y la cancelación por caducidad de dicho derecho de adquisición preferente, al amparo del art. 82.3 LH y del art. 353.3 RH. Se fundamenta la caducidad en la DT 18.^a del Libro V del Código Civil de Cataluña, por entender que tal derecho se rige por la normativa vigente en 1968, es decir, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, la cual, se dice, no regulaba el derecho de adquisición preferente, por lo que se considera de aplicación el art. 1508 del Código Civil español, que establecía el plazo de cuatro años y la previsión de que nunca podía superar los diez años, plazos que califican de caducidad.

El Registrador de la Propiedad suspende la cancelación solicitada por las razones de que la prescripción no se puede valorar desde el Registro y de que no hay caducidad del derecho de adquisición preferente, ya que la carga no está configurada como un derecho real independiente, sino como una más de un conjunto de obligaciones personales garantizadas con condición resolutoria; en todo caso, considera, *«no se trataría de un retracto convencional, sino de un derecho atípico al que no sería de aplicación el plazo del artículo 1598 del Código Civil, sino que, a falta de un plazo especial, lo sería el general del artículo 344 de la CDCC»*.



Resoluciones

Los propietarios recurren la nota de calificación y aclaran que no piden la cancelación de la condición resolutoria, sino la del derecho de adquisición preferente, de manera que, una vez cancelado este, la condición no tendrá virtualidad. En su informe, el Registrador dice que «*las cargas que gravaban la finca*» han sido canceladas mediante escrituras inscritas con posterioridad a la expedición de la nota de calificación; no obstante, ratifica toda la argumentación de la nota.

Pese a la cancelación de las cargas, a la vista de la ratificación del Registrador, la DGDEJ resuelve el recurso, y lo desestima. Para ello, analiza, en primer lugar (FD 1.º), la naturaleza de la carga que se quiere cancelar. Sugiere que de la redacción literal de la escritura de compra («*los adquirentes quedaban obligados a: [...] 5.—Otorgar [...] en el caso de vender esta finca, un derecho de preferente adquisición*») puede inferirse que este derecho no se había constituido, sino que los adquirentes se obligaban a constituirlo, por lo que solo nacería en caso de venta de la finca, lo que no es el caso. Ahora bien, como recurrente y Registrador dan por sentada su existencia, así lo acepta para no caer en incongruencia. Admitido esto, califica lo convenido como «*parte integrante del contrato y son obligatorias de acuerdo con el principio general de que los contratos son ley entre las partes [...] forman parte del contenido obligatorio de la compraventa y, como tales, no están sujetas a un plazo de caducidad ni de prescripción*».

Analizando particularmente el caso en cuestión, la DGDEJ expone que la finca que se vendió en 1968 formaba parte de una promoción enmarcada en una comunidad especial cercana a un campo de golf, por lo que las obligaciones que asumían los compradores tenían por objeto mantener una determinada calidad urbanística, constructiva y de usos en la zona. En aquella época, estas restricciones no estaban reguladas por ley, como ahora lo están en los arts. 553-2 y 553-53 a 553-59 y concordantes CCCat, pero «*tampoco había ninguna norma que prohibiese establecer un régimen como el que resulta de este expediente y, en consecuencia, tenemos que entender que el conjunto de la regulación convenida tenía una clara vocación de permanencia en el tiempo. En todo caso, en el momento en que se solicita la cancelación y se interpone el recurso, consta inscrita en el Registro y está bajo la protección de los tribunales [...]. Otra cosa es que [los compradores] hayan incumplido sus obligaciones de manera continuada por el tiempo necesario para la prescripción, cosa que no podemos valorar con los elementos ni de la calificación del Registrador [...] ni se puede hacer en este expediente*».

A continuación (FD 2.º), no considera aplicable el art. 1508 CC, como pretenden los recurrentes, sino, en todo caso, el plazo de treinta años que establece el art. 326 CDCC, pues el retracto convencional está regulado por los arts. 326 a 329 CDCC y las normas de la Compilación rigen con preferencia a las del Código español (art. 1 CDCC). No obstante, entiende que «*el análisis del derecho que se previó en la escritura de 1968 [...] no permite reconducirlo directamente a la figura de retracto convencional o de la compra a carta de gracia, en virtud del cual el vendedor se reserva el derecho a recomprar la finca por el precio de venta [...] [sino, más bien] es un derecho de adquisición de configuración voluntaria pero inseparable de la propiedad de las fincas del conjunto y, por lo tanto, no sometido a plazo de caducidad, sin perjuicio de que caduque, para cada concreta transmisión de finca, el plazo de ejercicio de la facultad por parte de los titulares. De la misma manera que el derecho de fadiga no caduca mientras el derecho de censo está vigente, o los derechos de tanteo y retracto de copropietarios, o de colindantes, o del nudo propietario si el usufructuario no transmite su*

derecho, no caducan en sí mismos, el derecho de adquisición preferente configurado en el caso que nos ocupa en este expediente tampoco debería caducar por sí mismo».

COMENTARIO: Comparto el criterio de la DGDEJ, que podría resumirse diciendo que no estamos ante un retracto convencional derivado de una venta a carta de gracia, sino ante un derecho de adquisición preferente atípico o especial, y que no resulta de su configuración específica que haya querido sujetarse a plazo alguno de caducidad, de la misma manera que tampoco lo están otros derechos similares regulados por la ley, como en sede de censos, copropiedad, retracto de colindantes o usufructo. Tales derechos solo son susceptibles de extinguirse por prescripción si prescribe el derecho principal del que forman parte accesoria e inseparable (respectivamente, el censo, la propiedad o el usufructo), salvo que se considere que su falta de ejercicio continuada en el tiempo (pese a haber podido ejercitarse) suponga la prescripción de tal derecho accesorio, cosa que dudo; en cambio, no están sujetos a caducidad, salvo que se pacte expresamente.

Cuestión diferente es que caduque el derecho a ejercitar el derecho de adquisición preferente en un caso determinado, es decir, si se da la transmisión que provoca el derecho a ejercitarlo. En tal caso, si el titular no ejercita su derecho, caducaría la posibilidad de ejercitarlo en tal supuesto concreto, pero nunca el derecho mismo, que continuaría subsistente para poder ser ejercitado si se produce una nueva transmisión.

En cambio, creo que la DG confunde en el FD 1.º la existencia del derecho de adquisición preferente con el nacimiento de la facultad de ejercitarlo. Se trata de derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de un ejercicio continuado. No es que los compradores se obliguen a otorgar a los propietarios de las parcelas colindantes un derecho de adquisición preferente para el caso de venta: el derecho se constituyó en el momento de otorgarse escritura de adquisición, aunque solo podrá ejercitarse cuando se den las circunstancias previstas para ello.

CENSOS

Se estima la solicitud de cancelación de un censo, cuya vigencia había sido acreditada, por no haberse dividido entre las dos fincas a las que afectaba, pese a haberse redimido el que recaía sobre una de ellas

Resolución JUS/451/2015, de 4 de marzo (DOGC de 19 de marzo de 2015)

RESUMEN: De una finca gravada con un censo se segregó, en octubre de 1943, una porción (y se inscribió la segregación en 1944), sin que se dividiera el censo entre la finca matriz y la segregada. La última inscripción del derecho de censo data de una escritura de aceptación de herencia de diciembre de 1943 (inscrita en 1946), y en ella tampoco se dividió el censo entre ambas fincas, sino que se concretó solamente sobre la finca matriz. En 1951 se redimió el censo sobre la finca matriz. En 1995 se acreditó y anotó (en la finca matriz, pero en referencia solamente a la finca segregada) la vigencia del censo. Ahora se solicita, por instancia, la cancelación del derecho de censo sobre la finca segregada, por caducidad. El Registrador de la Propiedad deniega la cancelación por haberse acreditado la vigencia



del censo y estar los asientos registrales bajo la salvaguarda de los tribunales.

Presentado recurso, la DGDEJ lo estima y revoca la nota del Registrador. A su juicio, «*hay antecedentes que permiten dudar de la realidad de la carga sobre la finca segregada*» (FD 1.4). Dado que la segregación fue anterior a la escritura de aceptación de herencia que contenía el derecho de censo, «*todo hace pensar que la segregación se otorgó como operación previa a la aceptación de herencia que contenía el derecho de censo, y la prueba más evidente es que la aceptación de la herencia del censo se inscribió solo en la finca matriz [...] y nunca se hizo constar en la finca segregada, que hasta el día de hoy nunca ha tenido una inscripción registral de transmisión, acreditación o división del citado censo. Tampoco en la inscripción de redención se hizo mención a la división del censo o su subsistencia en la finca segregada, y en la fecha de inscripción de la redención del censo ya era preceptiva la división del censo que afectaba a varias fincas, por lo que puede entenderse que los censuistas, al cancelar el censo, entendían que solo gravaba la finca [matriz]*», como lo prueba también, a juicio de la DG, el hecho de que los censuistas «*durante más de 70 años no se han pronunciado en ningún sentido en relación con el derecho de censo sobre la finca segregada, ni tampoco lo han hecho cuando les ha sido trasladado este recurso, como partes interesadas, por el Registrador de la Propiedad, y no han hecho ningún tipo de alegación en este expediente*».

Por otra parte, añade la DGDEJ (FFDD 2.3 y 2.4) que la acreditación de vigencia del censo al amparo de la DT 3.ª de la Ley de Censos de 1990 es «*un hecho independiente*» de la división que hubiera tenido que realizarse en cumplimiento de la DT 1.ª de dicha Ley, como prueba el hecho de que la DT 13.ª de la Ley 5/2006 reconozca la posibilidad de censos cuya vigencia esté acreditada, pero que no se hayan dividido. Al amparo de esta última disposición, y habiendo transcurrido el plazo de un año que fijó para inscribir la división de los censos que afectasen a varias fincas sin que tal hecho haya tenido lugar, «*la extinción del censo se ha producido ope legis, no por caducidad*».

Finalmente (FD 2.5), la DGDEJ no admite el argumento del Registrador de que, de haber una inexactitud registral, solo podría rectificarse mediante sentencia judicial, ya que, «*como cita nuestra Resolución de 17 de julio de 2007, la constancia registral de la vigencia del derecho de censo solo acreditaba la protección registral de los derechos de los censuistas, aunque esta protección era claudicante. La regulación catalana del derecho de censo ha ido facilitando la depuración de estas cargas herederas del antiguo régimen en el Registro de la Propiedad. En este sentido, ha regulado procedimientos para facilitar su cancelación cuando concurren los indicios que el legislador ha considerado suficientes para llevar a cabo la cancelación registral del derecho de censo por la sola instancia del censatario y sin necesidad de ir a procedimientos de liberación de gravámenes u otros judiciales*».

Comentario: No comparto ni la argumentación ni la resolución de la DGDEJ. El de la extinción del censo *ope legis* por no haberse inscrito la división, al amparo de la DT 13.ª de la Ley 5/2006, no lo creo aplicable, pues la división no podía practicarse, al recaer el censo sobre una sola finca. El argumento de que los censuistas «*durante más de 70 años no se han pronunciado en ningún sentido en relación con el derecho de censo*» sencillamente no es cierto: anotaron en 1995 la acreditación de su derecho. Se da, además, la circunstancia de que la titularidad del censo no ha variado en estos más de setenta últimos años, al ser titular de dos personas jurídicas (ambas entidades de beneficencia, a mayor abundamiento). Por lo tanto, difícilmente puede entenderse que los censuistas hayan hecho dejación de su derecho en el ámbito registral, pues, desde que lo adquirieron en 1943 y hasta la fecha, han tenido la diligencia de inscribir su derecho en 1946 y de acreditar su vigencia en 1995. Lo único que se les puede achacar es no haber dividido el censo entre 1946 (año en que entró en vigor la Ley de Censos de 1945, que introdujo la obligación de dividir los censos que afectaban a varias fincas, sin amenazar con su extinción o cancelación) y 1951 (año en que se redimió el censo sobre la finca matriz). Pero ello, a mi juicio, no es motivo suficiente para producir su cancelación. Téngase en cuenta, además, que los censuistas adquirieron su derecho antes de la entrada en vigor de la Ley de 1945, por lo que es normal que no se dividiera el censo en la escritura de adquisición de 1943 (e incluso dicha escritura se inscribió después de dicha entrada en vigor, sin que fuera obstáculo para ello la falta de división); por ello, a mi entender, la segregación sin división del censo en 1943 no puede utilizarse como prueba de la voluntad de dar por extinguido el censo respecto de la finca segregada, máxime cuando la segregación se debió realizar por el censatario sin el concurso del censalista. Alega también la DG como «*prueba más evidente*» que la aceptación de la herencia del censo se inscribió solo en la finca matriz y «*nunca se hizo constar en la finca segregada*». No se aclara cuándo empezó a figurar en la finca segregada ni a raíz de qué acto, pero no consta que el censalista no solicitara su inscripción en la finca segregada y lo cierto es que hoy en día sí que constaba el censo como carga de esta finca.

En definitiva, creo que no hay argumentos suficientes para estimar la voluntad del censalista de dar por extinguido el censo, y que ni siquiera concurren los «*indicios que el legislador ha considerado suficientes para llevar a cabo la cancelación registral del derecho de censo*», pues uno de dichos indicios, la división del censo, no podía realizarse, al recaer sobre una sola finca, y el otro, la inactividad registral, queda contradicho por la acreditación de la vigencia del censo, realizada debidamente. Considero, además, que la DGDEJ se ha excedido en la estimación de la presunta voluntad de las partes de dar por extinguido el censo en 1943, cuestión ajena a la dinámica registral y que debería dilucidarse judicialmente.

Desde el 27 de noviembre de 2014 hasta el 20 de enero de 2015 los notarios de Cataluña pudieron dar respuesta a una encuesta en la que se les pedía su opinión acerca de ocho aspectos importantes de la función notarial

Encuesta para conocer la opinión de los colegiados

Desde el 27 de noviembre de 2014 hasta el 20 de enero de 2015, los notarios de Cataluña pudieron dar respuesta a una encuesta en la que se les pedía su opinión acerca de ocho aspectos importantes de la función notarial que se han considerado especialmente relevantes en estos momentos. En total, se recibieron 204 encuestas, de las cuales fueron válidas 194. En el momento de iniciar la encuesta, había 435 notarios en ejercicio en Cataluña, lo que supone que dieron respuesta el 44,6 % del total de notarios ejercientes en Cataluña.

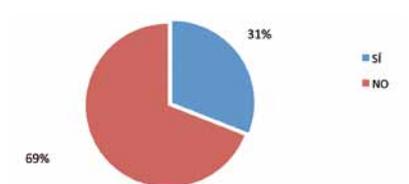
A continuación se presentan, por un lado, los resultados cuantitativos obtenidos (referencia porcentual de respuestas afirmativas o negativas) y, por otro, los resultados cualitativos. En estos, se anotan los motivos que justifican la respuesta dada: en primer lugar, se mencionan los motivos previamente redactados en la encuesta, es decir, aquellos que simplemente se tenían que marcar con una cruz, en caso de considerarlo; en segundo lugar, se hace referencia a los motivos que se exponen en la casilla «Otros motivos».

RESULTADOS CUANTITATIVOS

(en negrita, la respuesta mayoritaria)

1. ¿CREES QUE SE HA DE PODER FIRMAR FUERA DEL DESPACHO?

31 % **SÍ**, en cualquier circunstancia (incluso en el centro de firma de la entidad financiera/gestoría/asesoría, y con carácter periódico habitual) (133 notarios).



69 % NO, excepto en caso de urgencia, necesidad no habitual o firma de los representantes de las entidades financieras en las pólizas (61 notarios).

2. EN CUANTO A LOS GESTORES

a) ¿Deben intervenir previamente a la firma, en la preparación de escrituras?



28 % **SÍ** (55 notarios).

72 % NO (139 notarios).



b) ¿Deben estar presentes en el momento de la firma?



c) ¿Deben participar en la tramitación posterior a la firma?

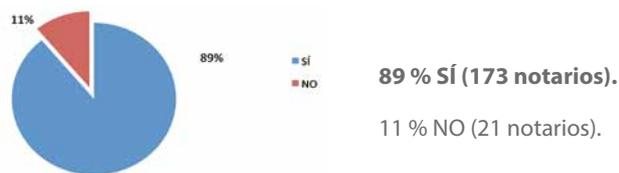


3. EN CUANTO A LAS MINUTAS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

a) ¿Han de ser libremente redactadas por la entidad financiera?



b) ¿Han de ser pactadas y consensuadas previamente con representantes del Notariado?



4. POR LO QUE RESPECTA A LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LOS NOTARIOS (INCLUIDAS LAS PÁGINAS WEB)

a) ¿Ha de ser libre, sin prácticamente ninguna limitación?





Vida corporativa

b) ¿Ha de estar restringida simplemente al carácter informativo y no publicitario, previa conformidad de los órganos corporativos?



c) ¿Ha de estar prohibida totalmente?



5. RESPECTO A LOS CONVENIOS ENTRE NOTARIOS

a) ¿Crees que deben hacerse sin ninguna limitación?



b) ¿Crees que deben hacerse con limitación de número?



6. EN CUANTO AL ARANCEL

a) ¿Deberíamos tener el arancel actual pero debidamente actualizado?





b) ¿Debería ser totalmente fijo, sin ninguna excepción, pese a tener un arancel muy regresivo en los tramos altos?



c) ¿Debería ser fijo, por escalas de máximo, con reducciones reglamentariamente fijadas con o sin limitación?



7. EN LO CONCERNIENTE AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

a) ¿Es necesaria la corrección del régimen disciplinario sancionador actual?



b) ¿Es necesario sancionar por la vía disciplinaria el acaparamiento desorbitado de escrituras en la contratación en masa?



8. EN CUANTO A LAS PÓLIZAS

a) ¿Es necesaria la introducción de un arancel fijo?



b) ¿Es necesario generalizar el sistema e-Notario?





Vida corporativa

El 69 % considera que NO se ha de poder firmar fuera del despacho, excepto en caso de urgencia, necesidad no habitual o firma de los representantes de las entidades financieras en las pólizas

RESULTADOS CUALITATIVOS

1. ¿CREES QUE SE HA DE PODER FIRMAR FUERA DEL DESPACHO?

- El 31 % que considera que SÍ se ha de poder firmar fuera del despacho, en cualquier circunstancia (incluso en el centro de firma de la entidad financiera/gestoría/asesoría, y con carácter periódico habitual):
 - Expone como motivo, mayoritariamente, el mantenimiento de la flexibilidad en la prestación de la función. En segundo lugar, se menciona el motivo de la competencia activa, y, en tercer lugar, las circunstancias socioeconómicas actuales.
 - Otros motivos mencionados en numerosas opiniones son: dada la complejidad de asuntos; para mantener nuestra imagen de imparcialidad, y para facilitar la modificación de escrituras en el momento de la firma. También se menciona, en varios comentarios, la conveniencia de seguir firmando fuera mientras no se habiliten medidas que impidan la concentración en pocos despachos.
- El 69 % que considera que NO se ha de poder firmar fuera del despacho, excepto en caso de urgencia, necesidad no habitual o firma de los representantes de las entidades financieras en las pólizas:
 - Expone como motivo, mayoritariamente, para mantener la imagen de imparcialidad. En segundo lugar, se menciona el motivo de la complejidad actual de los asuntos, y, en tercer lugar, para facilitar la modificación de escrituras en el momento de la firma.
 - Otros motivos mencionados en varias opiniones son para evitar la concentración de firmas y para evitar la concentración en masa.

2. EN CUANTO A LOS GESTORES

- El 28 % que considera que SÍ deben intervenir previamente a la firma, en la preparación de escrituras:
 - Expone como motivo, mayoritariamente, el facilitar la preparación de la escritura. Mucho más minoritaria es la referencia a las circunstancias socioeconómicas actuales.
 - Otros motivos mencionados en varias opiniones son el hecho de que sea a petición y para comodidad de los clientes, y para evitar errores en la documentación aportada.
- El 72 % que considera que NO deben intervenir previamente a la firma, en la preparación de escrituras:
 - Expone como motivo, mayoritariamente, para no desmerecer la función notarial. El evitar la falta de control notarial y la referencia a su falta de preparación jurídica lo siguen de muy cerca.
 - Otros motivos mencionados en varias ocasiones son: que no aportan nada; que se debe evitar la duplicidad de trámites y gastos para el cliente, y que son un grupo cada vez más reducido (a raíz de la reestructuración bancaria) que ejerce presión.
- El 54 % que cree que los gestores SÍ deben estar presentes en el momento de la firma:
 - Expone como motivo, mayoritariamente, para aportar la documentación necesaria. En segundo lugar aparece la resolución de dudas.
 - Otros motivos mencionados en varias encuestas son que estén presentes si lo solicita el cliente.
- El 46 % que cree que los gestores NO deben estar presentes en el momento de la firma:



El 58 % de los notarios considera que los gestores deben participar en la tramitación posterior a la firma. Se expone como motivo, mayoritariamente, la profesionalización de su gestión y el control económico de la misma

El 89 % de los notarios cree que las minutas de las entidades financieras han de ser pactadas y consensuadas previamente con representantes del Notariado pues éste, da legitimidad gracias al control de legalidad

- Expone como motivo, mayoritariamente, que son innecesarios. En segundo lugar, a cierta distancia, se menciona que el motivo es para no desmerecer la función notarial.
 - Otros motivos mencionados son que no tienen facultades para resolver incidencias y que se debe preservar el derecho de las personas a la intimidad y al secreto.
- El 58 % que cree que SÍ deben participar en la tramitación posterior a la firma:
- Expone como motivo, mayoritariamente, la profesionalización de su gestión. Lo sigue de cerca por el control económico de su gestión.
 - Otros motivos mencionados en varias encuestas son que es una decisión del cliente o del banco.
- El 42 % que cree que NO deben participar en la tramitación posterior a la firma:
- Expone como motivo, mayoritariamente, porque suponen un encarecimiento excesivo. A cierta distancia, se alega que son innecesarios.
 - Otro motivo mencionado repetidamente es que los notarios están preparados para tramitarlo de un modo más eficiente y con menor coste, ya que el sistema de liquidación e inscripción telemática es más rápido y seguro.

3. EN CUANTO A LAS MINUTAS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

- El 31 % que cree que SÍ han de ser libremente redactadas por la entidad financiera:
- Expone como motivo, mayoritariamente, que las han de redactar libremente por su conocimiento del caso concreto.
 - En esta pregunta, algunas encuestas hacen referencia a que a menudo son contratos en masa. También en varias ocasiones se ha puntualizado que las deberían redactar libremente, pero sin perjuicio del control de legalidad del Notario.
- El 69 % que cree que NO han de ser libremente redactadas por la entidad financiera:
- Expone como motivo, mayoritariamente, para no desmerecer la función notarial. En segundo lugar, se menciona por ser innecesarios por lo que respecta a las condiciones financieras.
 - Esta pregunta ha generado numerosos comentarios de motivos alternativos a los dos inicialmente propuestos. La gran mayoría de ellos hace referencia al hecho de poder controlar el contenido de las cláusulas (evitando las abusivas), adecuándolas a la normativa legal.
- El 89 % que cree que SÍ han de ser pactadas y consensuadas previamente con representantes del Notariado:
- Expone como motivo, mayoritariamente, porque el Notario da legitimidad, gracias al control de legalidad notarial.
 - Esta pregunta también ha generado numerosos comentarios. El más mencionado es la referencia, de nuevo, a evitar la introducción de cláusulas abusivas.
- El 11 % que cree que NO han de ser pactadas y consensuadas previamente con representantes del Notariado:
- Expone como motivo, mayoritariamente, porque supone una extralimitación notarial.
 - La pregunta ha generado pocos comentarios, básicamente, anotando que basta con el control de legalidad posterior del Notario, aun siendo conveniente una coordinación con las entidades financieras.



El 88 % de los notarios considera que la publicidad por parte de los Notarios (incluidas páginas webs) ha de estar restringida. No ha de ser libre y sin limitación ninguna. Se alega como motivo principal, que ha de facilitar la libre elección de notario y además, que no desmerezca la función notarial. Se considera preferente la publicidad corporativa frente a la individual

4. POR LO QUE RESPECTA A LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LOS NOTARIOS (INCLUIDAS LAS PÁGINAS WEB)

- El 16 % que cree que Sí ha de ser libre, sin prácticamente ninguna limitación:
 - Expone, como motivo principal, las circunstancias socioeconómicas actuales, seguido muy de cerca por el derecho a la competencia.
 - Otros motivos indicados son el hecho de que se debe facilitar al ciudadano el acceso a la información y que quien a día de hoy no está en internet no existe.
- El 84 % que cree que NO ha de ser libre, sin prácticamente ninguna limitación:
 - Expone como motivo principal, mayoritariamente, para no desmerecer la función notarial, por su carácter mercantil. Lo sigue, de lejos, el motivo de la pérdida de imagen de imparcialidad.
 - Otros motivos indicados en las encuestas son, especialmente, el hecho de limitar la competencia y evitar abusos. También se hacen varias referencias al hecho de que se trata de una función pública y que los notarios no están en el mercado.
- El 88 % que cree que Sí ha de estar restringida simplemente al carácter informativo y no publicitario, previa conformidad de los órganos corporativos:
 - Expone, como motivo principal, porque facilita la libre elección de Notario.
 - Otros motivos expuestos son, sobre todo, para no desmerecer la función notarial. También se hacen varias alusiones a que no se quiere publicidad individual, pero sí publicidad corporativa.
- El 12 % que cree que NO ha de estar restringida simplemente al carácter informativo y no publicitario, previa conformidad de los órganos corporativos:
 - Expone como motivo principal, mayoritariamente, que resulta anacrónico.
 - Otros motivos alegados son que la página web, a día de hoy, es una herramienta de trabajo imprescindible, y que lo necesario es que esté perfectamente regulada para todos los notarios por igual.
- El 24 % que cree que Sí ha de estar prohibida totalmente:
 - Expone, como principal motivo, que lo ha de estar por el carácter absolutamente imparcial del Notario.
 - Los comentarios a raíz de esta pregunta hacen referencia, sobre todo, a que lo que se debería prohibir es la publicidad «comercial» o individual, dado el carácter de funcionario.
- El 76 % que cree que NO ha de estar prohibida totalmente:
 - Expone, como motivo principal, que resulta anacrónico.
 - La pregunta ha generado bastantes comentarios, entre ellos, sobre todo, la necesidad de tener presencia en internet, y que de lo que se trata es de dar pautas para el buen uso y evitar abusos.

5. RESPECTO A LOS CONVENIOS ENTRE NOTARIOS

- El 47 % que cree que Sí deben hacerse sin ninguna limitación:
 - Expone, como motivo principal, que es necesario en beneficio de una mejor prestación de la función, al estar mejor atendidos los despachos. Lo sigue, a bastante distancia, el hecho de que es necesario adaptarse a la época actual.



Los convenios entre notarios facilitan la prestación y favorecen un mejor servicio y, en cualquier caso, su limitación debería ser en torno al número de notarios convenidos y no en torno al número de convenios en cada plaza

- Otros motivos indicados en varias respuestas son que están de acuerdo siempre y cuando no suponga una concentración excesiva. También hay dos referencias a que no se puede considerar del mismo modo a los notarios de un pueblo o a los de una ciudad (en Barcelona se propone sin limitación, en un pueblo se propone una fuerte regulación, en este sentido). Como ventajas, se destaca compartir gastos, la formación continuada y el establecimiento de criterios uniformes.
- El 53 % que cree que NO deben hacerse sin ninguna limitación:
 - Alega, mayoritariamente, que favorece el acaparamiento de clientes, seguido muy de cerca por el hecho de que desmerecen la función notarial.
 - Otros motivos mencionados son que lo primero es garantizar el servicio, que puede haber convenios desiguales y que puede conducir al traspaso de una Notaría de manera encubierta.
- El 59 % que cree que SÍ deben hacerse con limitación de número:
 - Expone, como motivo principal, que permite una mejor atención al público, con la libre elección de Notario.
 - Otros motivos expuestos son que supone una mayor eficacia en la prestación de la función y que una unión ilimitada desvirtuaría la función.
- El 41 % que cree que NO deben hacerse con limitación de número:
 - Expone, como motivo principal, que supone una extralimitación de los órganos notariales.
 - Entre los comentarios más repetidos, se menciona el hecho de que facilita la prestación y favorece el mejor servicio; que debe permitirse la libre elección, y que, en cualquier caso, la limitación debería ser en torno al número de notarios convenidos y no al número de convenios en cada plaza.

6. EN CUANTO AL ARANCEL

- El 55 % que cree que SÍ deberíamos tener el arancel actual pero debidamente actualizado:
 - Expone, como motivo principal, que es lo socialmente aceptable.
 - Otros motivos expuestos son que es necesario adaptarse a la realidad económica, que está desfasado en algunos conceptos y que deben corregirse cuantías, básicamente en aquellos documentos sin cuantía y en salidas. También se menciona la falta de simplicidad.
- El 45 % que cree que NO deberíamos tener el arancel actual pero debidamente actualizado:
 - Expone, como motivo principal, el maltrato que reciben los documentos sin cuantía, seguido de su complejidad y, en tercer lugar, por su carácter regresivo, poco protector del contratante débil.
 - Otros motivos expuestos son por su discrecionalidad en la aplicación motivada por la insuficiencia de reglas interpretativas, por tener una mayor regresividad que la de otros profesionales no funcionarios, y que mejor no tocarlo para no colocar al Notariado en el ojo del huracán.
- El 66 % que cree que SÍ debería ser totalmente fijo, sin ninguna excepción, pese a tener un arancel muy regresivo en los tramos altos:



Vida corporativa

En relación con el arancel, el 66 % de los notarios consideran que debería ser totalmente fijo, sin excepción, pese a ser muy regresivo en los tramos altos. Y ello, porque el notario es un funcionario que no puede estar sujeto a negociación de su remuneración

Sin embargo el 65 % considera que no debería ser fijo, por escalas de máximo, con reducciones reglamentarias fijadas con o sin limitación, y ello para evitar el desmerecimiento de la función notarial y porque daría lugar a una praxis mercantilista y a una insana competencia

- Expone, como motivo principal, que el Notario es un funcionario que no puede estar sujeto a negociación de su remuneración. En segundo lugar, a bastante distancia, se menciona el hecho de que prioriza el asesoramiento y la prestación del servicio público en general.
 - Otros motivos mencionados son que permite una absoluta imparcialidad e igualar la prestación de la función, sin ninguna discriminación, y que, a lo sumo, se aceptaría una rebaja porcentual máxima, pero nunca una libre negociación.
- El 34 % que cree que NO debería ser totalmente fijo, sin ninguna excepción, pese a tener un arancel muy regresivo en los tramos altos:
- Expone como motivo, mayoritariamente, que perjudica al Notario que se instala en una nueva plaza frente al que ya está arraigado. En segundo lugar, se menciona que esta opción reduce la competencia.
 - Uno de los motivos expuestos repetidamente es que, en función del instrumento, en determinados casos, puede ser positiva cierta ponderación, aunque en este caso debería ser restrictiva para evitar abusos.
- El 33 % que cree que Sí debería ser fijo, por escalas de máximo, con reducciones reglamentariamente fijadas con o sin limitación:
- Expone, como motivo principal, el hecho de que favorece la competencia dentro de unos límites aceptables. Seguidamente, a cierta distancia, se menciona el hecho de que es necesario que el Notario se adecúe a los tiempos modernos.
 - Otros motivos expuestos (ninguno de ellos repetido) son: que sería necesario adecuarse en casos concretos, que la reducción debería ser una excepción limitada a cuantías elevadas, que deberían fijarse reducciones porcentuales máximas (10 %) o que sería conveniente hacerlo en casos en los que la remuneración no sea estrictamente arancelaria.
- El 65 % que cree que NO debería ser fijo, por escalas de máximo, con reducciones reglamentariamente fijadas con o sin limitación:
- Expone, como motivo principal, que desmerece la función notarial.
 - Otros motivos mencionados repetidamente son que daría lugar a una praxis mercantilista y a una insana competencia, desvirtuando la esencia del Notariado y alterando el ejercicio independiente.

7. EN LO CONCERNIENTE AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

- El 83 % que cree que Sí es necesaria la corrección del régimen disciplinario sancionador actual:
- Expone, como motivo principal, que el actual no impide la persistencia de actuaciones incorrectas. En segundo lugar, se hace referencia a que no ofrece armas reglamentarias suficientes para sancionar con carácter ejemplificador. Menos mencionados son el hecho de que las sanciones son poco coercitivas y el hecho de que el régimen actual respeta excesivamente el derecho de defensa del expedientado. Hay que tener en cuenta que, en esta cuestión, la gran mayoría de las encuestas recibidas han marcado todos o la mayoría de los motivos redactados como opciones.
 - Entre los demás motivos que se mencionan, hay que destacar los que hacen referencia a la necesidad de disponer de un sistema desincentivador de conductas irregulares y a una cierta sensación de impunidad ante las irregularidades.
- El 17 % que cree que NO es necesaria la corrección del régimen disciplinario sancionador actual:



El 83 % de los notarios considera que es necesario sancionar por la vía disciplinaria el acaparamiento desorbitado de escrituras en la contratación en masa. Los motivos que se alegan son varios, pero principalmente porque se desprestigia la imagen social de la función al convertir la intervención del notario en mera formalidad y en segundo lugar, porque conculca el principio de libre elección de notario

- Menciona, en primer lugar, el hecho de que el actual sanciona racionalmente las malas actuaciones. En segundo lugar, se hace referencia al hecho de que respeta el derecho de defensa del expedientado.
 - En esta pregunta solo aparece un único motivo alternativo a los redactados como opciones, que, en este caso, hace referencia a que lo único que se debe hacer es aplicar y hacer cumplir el régimen disciplinario.
- El 83 % que cree que Sí es necesario sancionar por vía disciplinaria el acaparamiento desorbitado de escrituras en la contratación en masa:
- Menciona, como motivo principal, el hecho de que perjudica la imagen social de la función, al convertir la intervención notarial en una mera formalidad. En segundo lugar, se hace referencia al hecho de que conculca el principio de libre elección de Notario. Como motivos menos mencionados, aparece el argumento de que es la mejor fórmula para combatir este grave problema, dado que el resto han fracasado, y el hecho de que perjudica al resto de notarios económicamente, ya que debilita el sostén económico de las notarías. Como en la pregunta anterior, hay que tener en cuenta que, en esta cuestión, la gran mayoría de encuestas recibidas han marcado todos o la mayoría de los motivos redactados como opciones.
 - Entre el resto de motivos anotados, se vuelve a hacer referencia al carácter de función pública del Notariado, y se reiteran comentarios en torno a la existencia de incumplimientos clamorosos de algunos compañeros. También se menciona que este comportamiento impide desarrollar correctamente la función notarial de asesoramiento y control de la legalidad y el hecho de que se pierde la imparcialidad.
- El 17 % que cree que NO es necesario sancionar por vía disciplinaria el acaparamiento desorbitado de escrituras en la contratación en masa:
- Menciona, como principal motivo, el hecho de que a menudo dicho fenómeno es el resultado simplemente de una mayor organización profesional de la oficina. A cierta distancia, lo siguen los motivos de considerar que una norma de este tipo es anticompetitiva y que no se han de poner trabas a la libre competencia entre notarios.
 - Otros motivos mencionados hacen referencia al hecho de que el problema es el sistema notarial, que debe evitarse la acumulación excesiva con medidas monetarias y desarrollar mecanismos para evitar el acaparamiento de escrituras, ya que sancionar el acaparamiento sin ningún otro motivo es inaceptable jurídicamente. En definitiva, que hay que desincentivar, más que sancionar.

8. EN CUANTO A LAS PÓLIZAS

- El 79 % que cree que Sí es necesaria la introducción de un arancel fijo:
- Menciona, en primer lugar, que el motivo es evitar la «subasta» de precios, seguido de cerca por el hecho de que unificar el arancel de escrituras y pólizas es una necesidad, tras una década de la fusión, y que no puede haber excepciones al carácter fijo del arancel, ya que es una función pública.
 - Entre los demás motivos mencionados, hallamos la defensa de la imparcialidad, pese a que varias respuestas hacen referencia a que podría haber pequeñas reducciones (10 %), a que la firma de pólizas requiere de un cambio importante de estructura o al hecho de que no se considera una prioridad.
- El 21 % que cree que NO es necesaria la introducción de un arancel fijo:
- Menciona, como motivo principal, el hecho de que podría generar una reacción en contra de las entidades financieras y empresas, dada la tradición del arancel libre. En segundo lugar, aparece el hecho de que dificulta el establecimiento del Notario en una nueva plaza frente al ya arraigado.



Vida corporativa

- En esta cuestión hay pocas respuestas alternativas, coincidentes todas ellas en que el sistema actual está arraigado y no se ve la necesidad de cambiarlo.
- El 52 % que cree que Sí es necesario generalizar el sistema e-Notario:
- Menciona, como motivo principal, que generaliza el uso de las nuevas tecnologías y pone de relieve la posición de vanguardia del Notariado en este campo. Motivo al que sigue de cerca el argumento de que soluciona definitivamente el problema de la firma de los apoderados de las entidades financieras. A cierta distancia, se menciona que recupera *de facto* una excepción a la firma presencial de los apoderados de las entidades que históricamente había existido y estaba aceptada.
 - Entre el resto de motivos (pocos) que se comentan, se dice que el sistema es cómodo, rápido y eficiente, pero que se tendría que acompañar siempre de la adaptación arancelaria correspondiente y de mejoras técnicas, y que, en cualquier caso, se debería instaurar un turno que no malversase la libre elección de Notario.
- El 48 % que cree que NO es necesario generalizar el sistema e-Notario:
- Menciona, como principal motivo, el hecho de que es contraproducente que el Notariado proponga excepciones a la firma presencial, dado que ello crea precedente. A bastante distancia, aparece el motivo de que no se debe cambiar nada, ya que basta con tomar las medidas disciplinarias oportunas contra los eventuales incumplidores.
 - Entre el resto de motivos, el único y repetido en todas las encuestas es el hecho de que se debe evitar el ejercicio industrial de la función, dado que este sistema fomenta el acaparamiento de pólizas en determinados despachos.

El Colegio acoge la oposición a Notario

El pasado 20 de abril comenzó la oposición para obtener el título de Notario, que tiene lugar en el Colegio Notarial de Cataluña por primera vez en los últimos 15 años. La oposición se prevé que finalice en el plazo aproximado de un año desde su inicio. Así, se prevé que el primer ejercicio finalice a finales de julio; el segundo se lleve a cabo justo después del verano; el tercero concluya antes de acabar el año, y el cuarto se haga a principios del año próximo.

El orden en el que se examinan los 831 aspirantes, que este año optarán a un total de 100 plazas en todo el Estado español, se estableció tras el sorteo que tuvo lugar el pasado 11 de marzo, también en el Colegio, fecha en que se constituyeron los dos tribunales que evalúan a los opositores.

LOS TRIBUNALES

La oposición cuenta con dos tribunales encargados de evaluar a los aspirantes. Cada uno de ellos está presidido por un Notario y constituido por seis vocales, entre ellos, dos notarios, un Registrador de la Propiedad, un Abogado del Estado, un Profesor Universitario de Derecho Civil y un Magistrado.

Por primera vez, la oposición se puede seguir también a través del *twitter* del Colegio, @colnotaris, donde se informa en tiempo real del momento en que cada opositor inicia la prueba, de los retirados o los que abandonan y de los resultados al final de la jornada



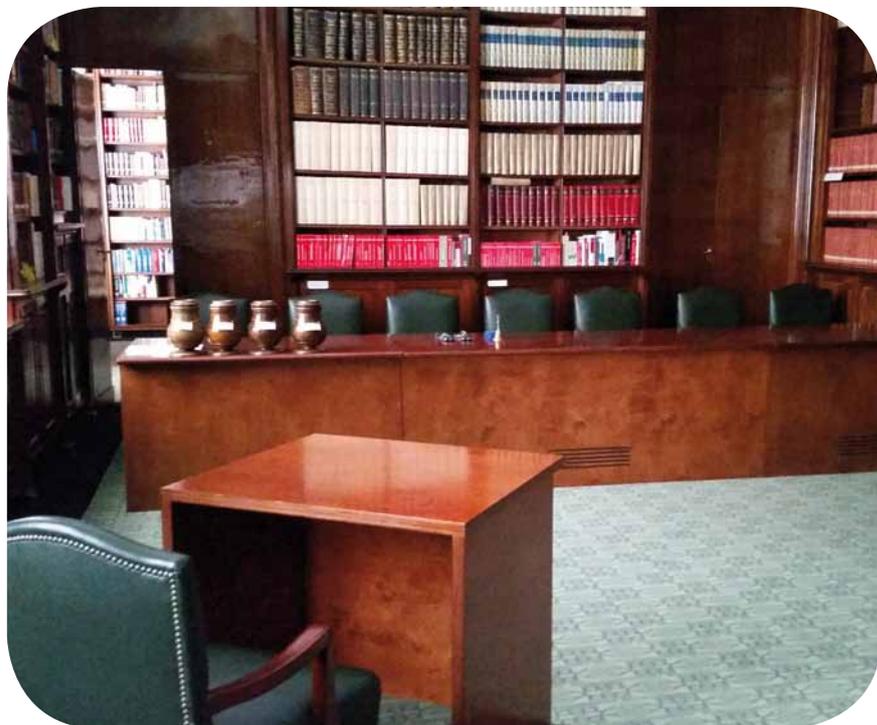
El Tribunal n.º 1 está presidido por Josep M.ª Valls Xufre, Notario de Barcelona, y forman parte de él José Vicente Galdón Garrido, Notario de Esplugues de Llobregat; Aduca Aparicio Sanz, Registradora de la Propiedad de Badalona; Cristina Azores Jack, Abogada del Estado en Barcelona; Josep Santdiumenge Farré, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universitat Pompeu Fabra; Maria Eugènia Alegret Burgués, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y Luis Tadeo Baciero Ruiz, Notario de Manresa, que actuará de Secretario de este Tribunal.

El Tribunal n.º 2 está presidido por José Vicente Torres Montero, Notario de Barcelona, y forman parte de él José Manuel Sánchez Tapia, Notario de Torelló; Isabel González García, Registradora de la Propiedad de Calafell; Jorge Sánchez Vicente, Abogado del Estado en Barcelona; María Esperanza Ginebra Molins, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona; Antonio Recio Córdova, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, y Elisabeth García Cueto, Notaria de Barcelona, que actuará de Secretaria de este Tribunal.

Los resultados de la oposición son consultables a diario en la web del Colegio, <http://www.notarisdecatalunya.org>, en donde se puede hacer el seguimiento desde la sección «Las oposiciones al minuto». Por primera vez, la oposición se puede seguir también a través del *twitter* del Colegio, @colnotaris, donde se informa en tiempo real del momento en que cada opositor inicia la prueba, de los retirados o los que abandonan, y de los resultados al final de la jornada.

ESTADÍSTICA DEL OPOSITOR

— *Sexo*. De los 831 inscritos a la oposición actual, el 61 % son mujeres y el 39 % son hombres.



La oposición, única vía de acceso a la profesión, consta de cuatro ejercicios, todos ellos eliminatorios, y se prevé que finalice en el plazo aproximado de un año desde el inicio de la misma.

- *Años de estudio*. La media de tiempo que los notarios que aprobaron la última oposición tardaron en prepararse y aprobar fue de cinco años. Concretamente, en el 79,9 % de los casos, le dedicaron entre tres y siete años, mientras que en un 29,1 % de casos, los años de preparación de la oposición superaron los siete años.
- *Porcentaje de éxito*. La mayoría se presenta en más de una ocasión. El porcentaje de éxito en cada convocatoria se sitúa alrededor del 10-12 %.
- *Horas de estudio*. Casi nueve de cada diez (87,5 %) de los aprobados en la última oposición dedicaron, de promedio, 50 horas semanales al estudio de la oposición. Se calcula un mínimo de 3.000 horas de estudio para tener opciones de superar la oposición.
- *Precedentes familiares*. En el 72 % de los casos, los notarios aprobados en la última oposición no tenían ningún precedente familiar directo en el Notariado (ni padres, ni hermanos).
- *Curiosidades*. Entre los opositores, constan hermanos cuatrillizos (cuatro) y diecinueve parejas de hermanos (catorce de ellas, gemelos).



Celebradas las VII Jornadas Notariales de La Palma



La clausura de las Jornadas contó con la presencia de Esperanza Castellanos, Subdirectora de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y Alfonso Cavallé, Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias, Presidente de la Comisión de Relación con los Consumidores del Notariado y Codirector de las Jornadas.

Del 5 al 8 de marzo tuvieron lugar, en Guía de Isora (Tenerife), las VII Jornadas Notariales sobre «La función notarial a la luz del nuevo Código Deontológico». El objetivo fue debatir en torno a la deontología y el régimen disciplinario de los notarios, la función notarial como servicio a la sociedad, la actuación del Notario en defensa del consumidor y el control ético del Notario en la contratación. Las Jornadas contaron con la participación de notarios, magistrados y letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y contaron con diferentes ponencias de notarios de Cataluña, concretamente, José Alberto Marín, Vicedecano del Colegio; Antonio Longo, Miguel Ángel Campo, Albert Domingo, Enrique Tejero y José Marqueño, como moderador de una de las mesas.

Antonio Longo y Miguel Ángel Campo, ambos notarios de Barcelona, participaron en la mesa redonda «El control ético de las relaciones jurídicas». Longo afirmó que *«la Administración debe exigir al Notario, como funcionario público, el cumplimiento de sus deberes, pero también le ha de permitir llevar a cabo su función de forma adecuada»*, mientras que Campo aseguró que, ante la evidente preocupación social por la pérdida general de ética, *«si queremos una deontología útil, debemos buscar medios efectivos, como la posibilidad de imponer las sanciones que correspondan frente a conductas reprobables»*.

Por otra parte, José Alberto Marín, Notario de Barcelona, intervino en la mesa «La función notarial y el servicio de la sociedad: propuestas de futuro y de progreso». El Vicedecano del Colegio fijó en el año 2000 el establecimiento de las pautas de lo que tenía que ser el Notariado del siglo XXI, *«basado en la deontología, el desarrollo tecnológico al servicio de los ciudadanos y la defensa de los consumidores»*. Albert Domingo, Notario de Vilassar de Mar, participó en la última mesa de las Jornadas, centrada en «La función notarial y la defensa del consumidor», en que centró su exposición en dar respuesta a la pregunta *«¿Qué nos pide a los notarios la legislación de consumo?»*, a lo que respondió: *«Dar confianza y ser útiles, que significa estar ahí cuando se nos necesita y aclarar las dudas del consumidor»*. Así, afirmó que *«el Notario ha de hacer comprensibles las implicaciones del contrato o acuerdo que cierran los consumidores y, además, su intervención es garantía de legalidad»*.

Alfonso Cavallé, Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias, Presidente de la Comisión de Relación con los Consumidores del Notariado y Codirector de las Jornadas, las clausuró asegurando que *«la función notarial es imprescindible e insustituible»*.



Jornadas del Consejo General del Notariado y el Consejo General del Poder Judicial



De izquierda a derecha: Ángel Serrano, Notario de Barcelona; Carlos Javier Uribe, Director del Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y Codirector de las Jornadas; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña y Codirector de las Jornadas, y Francisco Marín Castán, Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo

El pasado 23 de marzo tuvo lugar, en la sede del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), una Jornada organizada conjuntamente con el Consejo General del Notariado, fruto del convenio de colaboración establecido entre ambas instituciones con el objetivo de colaborar en áreas comunes de actividad, como la jurisdicción voluntaria, la formación y las nuevas tecnologías. Dirigida por Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, y Carlos Uribe, Magistrado y Director del Servicio de Formación Continua del CGPJ, la Jornada se centró en el análisis y debate de temas de interés mutuo.

La Jornada fue inaugurada por José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado; Carlos Lesmes, Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, y Rafael Catalá, Ministro de Justicia. José Manuel García Collantes destacó la fuerza ejecutiva y probatoria de la escritura pública en los procesos, y afirmó que *«estas jornadas nos permiten conocernos mutuamente y nos permitirán, a los notarios, admirar más la difícil misión de juzgar y reafirmar la posición del Juez como vértice del sistema. La presunción de validez del contenido del instrumento público notarial lo es mientras un Juez no la destruya; es el único que puede hacerlo»*.

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, destacó en su intervención el espíritu de colaboración entre la Judicatura y el Notariado

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, destacó en su intervención el espíritu de colaboración entre la Judicatura y el Notariado, y señaló que jueces y notarios comparten *«no solo un mismo ámbito de actividad, como es el mundo del Derecho y de las relaciones jurídicas, sino también unos mismos intereses: la mejora de nuestra Justicia, la excelencia en nuestro trabajo y el refuerzo de las garantías y la seguridad jurídica»*. En cuanto al control de las cláusulas abusivas, Lesmes manifestó que *«este es uno de los aspectos en que los ciudadanos reclaman, de los diferentes profesionales del Derecho, una respuesta que proteja sus derechos de forma eficaz, sin olvidar las exigencias que en esta materia nos llegan desde las instituciones europeas»*. Por su parte, Áurea Roldán, Subsecretaria de Justicia, afirmó que *«se debe incrementar por ley el papel del Notario autorizante en el control de las cláusulas —como demanda la sociedad—, como forma de potenciar el control de transparencia en los contratos seriados, sancionado por la jurisprudencia del TJUE y del TS, reiteradamente»*. Roldán también afirmó que *«el Gobierno quiere regular el control por parte de notarios y registradores de las cláusulas abusivas en las condiciones generales de contratación por consumidores. Con ello se pretende que, cuando los contratos que contengan condiciones generales sean otorgados o elevados a instrumento público, el Notario vele porque se cumpla la obligación de transparencia exigida por la legislación de consumidores»*. Y continuó: *«El Notario debe rechazar —y denegar su autorización— aquellas cláusulas abusivas que sean nulas de pleno derecho o que, por falta de información de los riesgos del consumidor, deban considerarse “no incluidas” desde el momento de la perfección del contrato. A tal efecto, se pretende impulsar medidas legislativas para que los notarios puedan no autorizar y los registradores de la propiedad puedan no inscribir, insubsanable por defecto, aquellas cláusulas que sean nulas por ser contrarias a normas imperativas prohi-*



Vida corporativa



De izquierda a derecha: Áurea Roldán, Subsecretaria de Justicia; Carlos Lesmes, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, y José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado.

bitivas, al tener legalmente tal carácter o haber sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo, un posicionamiento que ya ha iniciado la Dirección General de los Registros y del Notariado».

En el transcurso de la Jornada, tuvieron lugar varias mesas, todas ellas con la participación de un Notario y de un Magistrado. Así, se celebró la mesa «Citación judicial al Notario como testigo en el procedimiento», en la que intervinieron Ana Fernández-Tresguerres, Notaria de Madrid, y Ángel Juanes, Vicepresidente del Tribunal Supremo; una mesa centrada en «Valor de la escritura en el proceso. Fuerza ejecutiva y probatoria. Efectos frente a un tercero», en la que participaron José A. García Vila, Notario de Sabadell, y Eduardo Baena, Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo; la ponencia «La escritura en la contratación en masa y su valor en el proceso. Control judicial y ámbito de control notarial sobre cláusulas abusivas», a cargo de Ángel Serrano de Nicolás, Notario de Barcelona, y Francisco Marín Castán, Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo, y una ponencia final que, con el título «El Notario y la jurisdicción voluntaria», corrió a cargo de Ignacio Solís, Notario de Madrid, y Encarna Roca Trías, Magistrada del Tribunal Constitucional.

Jornadas sobre Vivienda, Crédito y Consumidores



En el transcurso de la Jornada se dio un repaso, entre otros, a las novedades en materia de vivienda introducidas en el Código Civil de Cataluña

Los días 3 y 4 de junio tuvieron lugar, en el Colegio Notarial de Cataluña, las Jornadas sobre Vivienda, Crédito y Consumidores, destinadas a dar un repaso a las novedades que incorpora el Libro VI del Código Civil de Cataluña en materia de vivienda y a la reforma del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

Respecto de la vivienda, Antonio Longo, Notario de Barcelona, expuso las «Principales novedades de la compraventa de vivienda en el proyecto del Libro VI del Código Civil de Cataluña», destacando varios puntos del art. 621. Sobre las arras, expuso que distingue las *arras confirmatorias* (entendidas como la



Se analizaron las novedades que incorpora el Libro VI del CC de Cataluña en materia de vivienda y la reforma del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo

El Derecho de Consumo (o del Consumidor) nace y tiene como objeto único la protección del consumidor, incidiendo en tres pilares: la claridad en la fase precontractual y contractual, la educación y la asociación

entrega de una cantidad de dinero en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compra-venta) y las *arras penitenciales* (que se han de pactar expresamente y en las que el comprador, en caso de desistir, las pierde —salvo que el desistimiento esté justificado—, y si quien desiste es el vendedor, las ha de devolver dobladas). El Libro VI prevé que, en el supuesto de que dichas arras se depositen ante Notario, pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, y la finca queda afecta a su devolución. El ponente hizo también referencia a la previsión de financiación por tercero, y anotó que si el contrato de compraventa prevé la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador puede desistir del contrato, si justifica documental-mente, en el plazo pactado, la negativa de la entidad designada a conceder el préstamo o crédito hipotecario, o a aceptar la subrogación del comprador en la hipoteca que grava el inmueble, salvo que la denegación se derive de la negligencia del comprador.

Con relación a la compraventa de vivienda en construcción o rehabilitación con constitución de comunidad especial, entre las novedades más destacadas, comentó que, en caso de tenerse que someter a un régimen de propiedad horizontal, las partes pueden establecer la situación de comunidad sobre la finca en la que se integra el inmueble vendido, y también que las partes pueden fijar el plazo final de construcción o rehabilitación, que no puede ser superior a diez años contados desde la obtención de la licencia de obras correspondiente. En cuanto a los inmuebles en construcción o rehabilitación previa licencia de obras, destacó que en el contrato de compraventa, en aquellos casos en que no sea vivienda y en que la construcción o rehabilitación finalice antes de la obtención de la licencia de obras, habrán de preverse las características y condiciones de la obra, los plazos inicial y final de la construcción o rehabilitación y la calidad de los materiales empleados. Finalmente, respecto de la compraventa con pacto resolutorio, el ponente afirmó que el pacto de condición resolutoria establecido para el supuesto de falta de pago del precio aplazado faculta al vendedor a resolver el contrato y a recuperar el inmueble, siempre y cuando haya requerido previamente al comprador mediante acta notarial para que en el plazo de veinte días efectúe el pago, con la advertencia que, en caso de no hacerlo, tendrá lugar la resolución de la compraventa. Así mismo, expuso qué puede incluir el pacto en caso de tenerse que formalizar en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad y el procedimiento notarial a seguir.

Albert Domingo, Notario de Vilassar de Mar, habló de las «Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre vivienda», afirmando que el Derecho de Consumo (o del Consumidor) nace y tiene como objeto único la protección del consumidor, incidiendo en tres pilares: la claridad en la fase precontractual y contractual, la educación y la asociación. Uno de sus múltiples campos son las relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos sobre viviendas. La reciente Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, tiene su fundamento e inspiración en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y, siguiendo los criterios de esta, e incluso ampliándolos, introduce el nuevo Título VI, «Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas», en el Libro II de la Ley 22/2010. Domingo expuso que, en el Capítulo I, «Disposiciones generales», se regula el ámbito objetivo de aplicación de la Ley a créditos y préstamos garantizados con una hipoteca sobre la vivienda, tanto si se destinan a su adquisición como a su rehabilitación, o a la rehabilitación del inmueble del que esta forma parte, y aquí debe entenderse por *vivienda* no solo la habitual, sino también cualquier otra. Por otra parte, el ámbito subjetivo se aplica a los consumidores en contratos de crédito o préstamo hipotecario, a sus avaladores y a los propietarios hipotecantes. En lo concerniente al Capítulo II, «Obligaciones de información previa», se destina a la información que ha de tener el consumidor en las diferentes fases del *iter* contractual hasta la firma. En este sentido, recordó que es necesario no olvidar que la información es un derecho básico del consumidor imperativo y, como tal, irrenunciable. Así, en una primera fase, se establece que la publicidad ha de ser honesta, clara, profesional, concreta, fácilmente comprensible, no engañosa, ni generadora de falsas expectativas. En una segunda fase, se regula la información previa al contrato de crédito o préstamo hipotecario que debe entregarse al consumidor, estableciendo que desde su entrega y hasta la firma del contrato han de transcurrir catorce días naturales, como plazo de reflexión irrenunciable. Finalmente, en una tercera fase, se regula la oferta vinculante que debe entregarse con el proyecto contractual, y ha de constar el derecho de la persona consumidora a examinar la escritura pública en el despacho del Notario autorizante con una antelación mínima a la fecha de la firma de cinco días hábiles. La oferta tiene un plazo vinculante para el prestador no inferior a catorce días naturales desde la fecha de entrega.



Vida corporativa

Domingo también expuso que, en cualquier momento, el consumidor tiene que recibir las explicaciones adecuadas de personas cualificadas para poder tomar una decisión responsable. Finalmente, afirmó que el Notario, en un momento dado de este proceso, tiene una función primordial como *gatekeeper*, ya que debe hacer comprensibles a la persona consumidora, a los avaladores y a los terceros hipotecantes las implicaciones económicas y jurídicas del contrato, y, como garante de la legalidad, debe comprobar que sus derechos de información y de reflexión han sido respetados y la no inclusión de cláusulas declaradas nulas judicialmente por abusivas.

Ángel Serrano, Notario de Barcelona y Coordinador de las Jornadas, expuso el «Control notarial de las cláusulas abusivas: entre lo nulo y lo abusivo, una subversión del Derecho codificado», centrando su exposición en cuestionarse las posibilidades reales del Notario de controlar las condiciones del crédito hipotecario y del crédito al consumo. Después definió la *compraventa con préstamo hipotecario* como un contrato (el negocio principal) y una *hipoteca* (el negocio accesorio), como un negocio complejo, una sola operación en la que el Notario ejerce el control de las cláusulas abusivas. En este caso, distinguió entre la parte negociada del contrato y las condiciones generales de contratación, y afirmó que, dado que el préstamo hipotecario no es un contrato negociado, sino un contrato bajo minuta (es decir, el Notario se limita a transcribir una minuta en la cual la redacción de las condiciones generales ha correspondido a la entidad prestamista), el Notario no puede ejercer su control. En este sentido, también recae sobre la entidad acreedora (la financiera) la responsabilidad última de probar que ha informado a la otra parte de las condiciones generales de contratación, o sea, que estas se han podido negociar por el consumidor, es decir, que ha tenido la posibilidad real de modificarlas.

Por otra parte, el ponente distinguió entre los llamados *elementos esenciales del contrato* (aquellos que son negociados, como los tipos de interés) y los *accesorios* (entre los que incluyó la cláusula suelo). Respecto del control de la abusividad, se remitió a la legislación actual para concluir que el Notario solo puede rechazar aquellas cláusulas abusivas previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, un registro que actualmente solo cuenta con veintiuna cláusulas inscritas y, además, de acceso no inmediato por parte de los notarios. En definitiva, afirmó que el Notario no puede controlar el contenido ni redactar las cláusulas por el hecho de tratarse de un contrato bajo minuta, de forma que lo único que puede hacer es autorizar o no el contrato. Serrano también puso en duda que una cláusula suelo sea lícita, ya que una cláusula abusiva puede no serlo al inicio y pasar a serlo con posterioridad, no siendo abusiva hasta aquel momento. Estas serían las que denominó *cláusulas eventuales*, que no actúan al inicio y que requieren de un consentimiento específico. Por otra parte, el ponente afirmó que la abusividad produce la nulidad, y explicó que, en el caso de los préstamos hipotecarios, primero, se aplica la ley específica de los consumidores; después, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, finalmente, el Código Civil. El hecho de declarar nula una cláusula abusiva implica que el contrato es válido, que es lo que determina el Notario con su control de la legalidad, pero el Notario en ningún caso puede hacer interpretaciones maximalistas del contrato. Por ello afirmó que, en cualquier caso, la nulidad de las cláusulas abusivas es una nulidad parcial (se trata de nulidad, no de anulabilidad). En lo concerniente a la transparencia, aseguró que lo más relevante es la comprensibilidad, aspecto sobre el cual existen sentencias del Tribunal Supremo con interpretaciones diferentes. Finalmente, respecto a las últimas sentencias del crédito al consumo, interpretó que el interés remuneratorio y el de demora no se integran, e hizo mención de la sobregarantía sin causa, entendida en aquellos casos en que se pide un fiador real, además de lo tasado, lo cual se aclaró en la modificación del Reglamento Hipotecario de 2009, que dice que «*lo tasado se constituirá en garantía última*».

Por su parte, Ricardo Cabanas, Notario de Torredembarra, expuso la «Segunda oportunidad de la persona natural y la actuación notarial», explicando las especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) de la persona natural no empresario y la intervención del Notario en el expediente. En cuanto a su ámbito de aplicación, afirmó que la novedad que supone el hecho de haber abierto el AEP a las personas naturales no empresarios obliga a discriminar los supuestos con claridad. Así pues, aseguró que el concepto *empresario* es muy amplio a los efectos del AEP, y que basta con tener la condición de empresario a los efectos de la Seguridad Social, ser trabajador autónomo o ser familiar de un trabajador autónomo y trabajar para él de forma habitual, por poner algunos ejemplos, para que el Notario no pueda aceptar su tramitación especial. Afirmó que el procedimiento es exclusivamente notarial y debe tratarse de un Notario del domicilio del deudor. Se cuestionó si, en este caso, el Notario asume la condición de mediador concursal o no, y afirmó que el Notario impulsará las negociaciones entre deudor y acreedores, salvo que designe, si así lo cree conveniente, a un mediador concursal. Por lo tanto, ha de actuar de forma análoga al mediador concursal, pero la equivalencia no es completa, ya que el alcance del control no es el mismo

El consumidor tiene que recibir las explicaciones adecuadas de personas cualificadas para poder tomar una decisión responsable. En este sentido, el Notario debe hacer comprensibles a la persona consumidora, a los avaladores y a los terceros hipotecantes las implicaciones económicas y jurídicas del contrato



en un papel y en el otro. Sí tendrá que remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, la correspondiente propuesta de AEP (que deberá redactar), y tendrá que encargarse de todas las comunicaciones, del mismo modo que de dirigir la reunión con los acreedores, pero el ponente interpretó que su papel acaba con la formalización en escritura pública del AEP y las oportunas comunicaciones, sin que le corresponda supervisar el cumplimiento del acuerdo.

El Notario que insta el concurso ha de presentar al Juez Mercantil un informe razonado con sus conclusiones, pero restringido al desarrollo (o fracaso) de la negociación, sin valorar la procedencia del beneficio de la exoneración o de la calificación como culpable del concurso

El Notario que insta el concurso ha de presentar al Juez Mercantil un informe razonado con sus conclusiones, pero restringido al desarrollo (o fracaso) de la negociación, sin valorar la procedencia del beneficio de la exoneración o de la calificación como culpable del concurso. Respecto al nombramiento de un mediador concursal, aseguró que compete en exclusiva al Notario el designar a un mediador concursal conforme al régimen general, sin que el solicitante pueda exigir una opción (impulsar la negociación) u otra (nombrar un mediador concursal). El ponente también hizo referencia a la tramitación coordinada de varios expedientes, entendida en el caso que, cuando el Notario asuma el impulso de las negociaciones, dos cónyuges puedan conseguir la tramitación en paralelo de dos expedientes por un mismo negociador, y habló de la necesidad de que el Notario se encargue de la comprobación inicial y de la formalización del expediente, del mismo modo que del contenido de la propuesta de acuerdo y de la duración y la finalización del expediente. Finalmente, en relación con el concurso posterior, el ponente expuso que el concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación, sin posibilidad de convenio, y expuso su razonamiento acerca de la necesidad o no de acudir al expediente preconcursal para beneficiarse después de la exoneración del pasivo.

La Jornada contó también con la participación de Mariló Agramunt, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona, que habló sobre «Adquisición y financiación de la vivienda habitual ante la reforma del Código de Consumo»; Sergio Nasarre, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili, que expuso «La Ley catalana 20/2014, de modificación del Código de Consumo: una avanzada reforzada a la implementación de la Directiva 2014/17/UE»; Susana Navas, Catedrática de Derecho Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona, que pronunció la ponencia «Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia», y Manuel Jesús Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, quien presentó la ponencia «Conforme a la Directiva 2014/17/UE, ¿puede la entidad de crédito vincular la concesión de un crédito hipotecario a la contratación de otros productos financieros?».

El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona presenta la exposición virtual *Los protocolos de Barcelona: una ventana abierta a Europa*



De izquierda a derecha: Guzmán Clavel, miembro de Junta; Martín Rodrigo, Historiador; Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña; Laureà Pagarolas, Director Técnico del Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona (AHPB), y Vicenç Ruiz, Técnico del AHPB

El pasado 17 de junio tuvo lugar, en el Colegio Notarial de Cataluña, la presentación de la exposición virtual *Los protocolos de Barcelona: una ventana abierta a Europa*, la primera muestra digital que pone en marcha el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona (AHPB) tras la nueva etapa iniciada hace unos meses, con la digitalización e inicio de la oferta de consulta en línea de la documentación de mayor antigüedad y de la medieval, hasta el año 1510. La exposición virtual contiene una selección de treinta y tres documentos agrupados en seis ejes



Vida corporativa

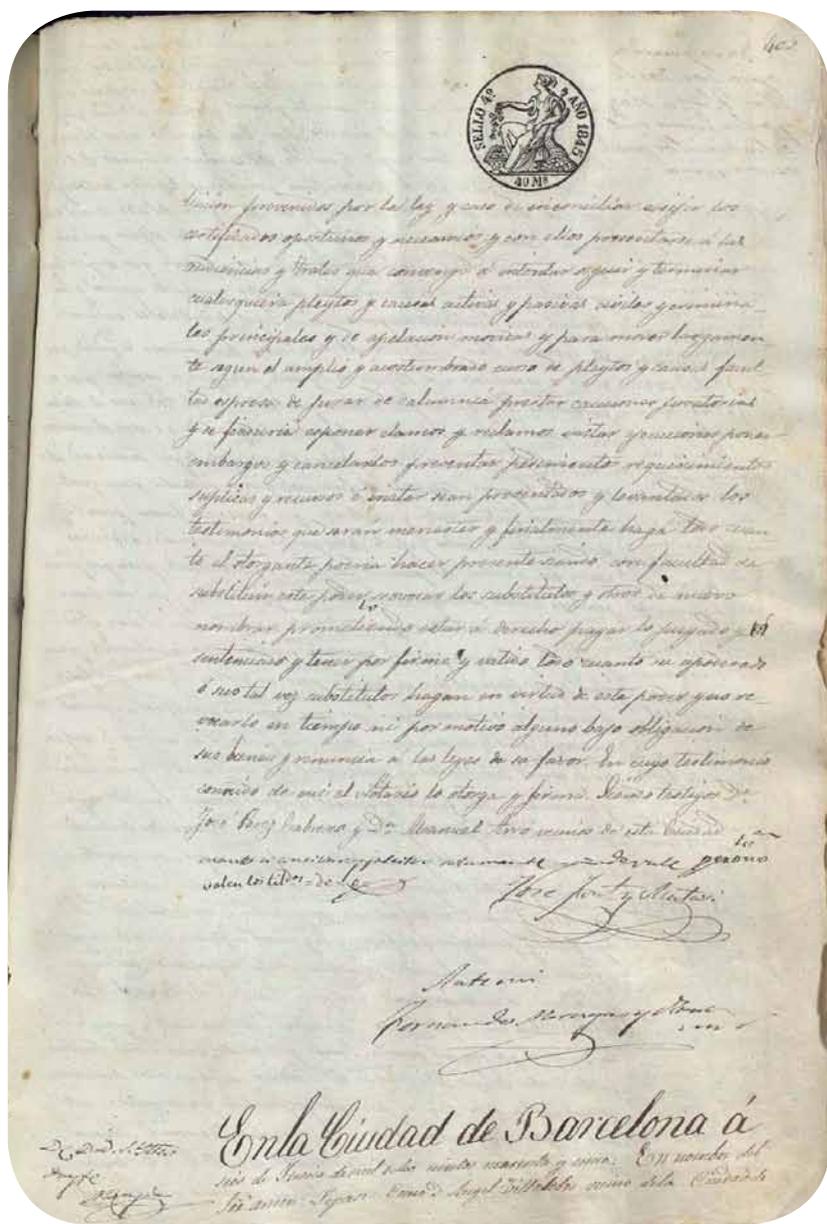
Los protocolos notariales se convierten en un testimonio privilegiado para explicar un aspecto significativo de la historia de Barcelona: aquel que pone en relación la capital catalana con el amplio abanico de ciudades y países que han configurado la realidad europea desde la época medieval hasta la actualidad

temáticos: comercio y marina, artesanado e industria, finanzas, familia y sociedad, arte y cultura y, finalmente, Notariado.

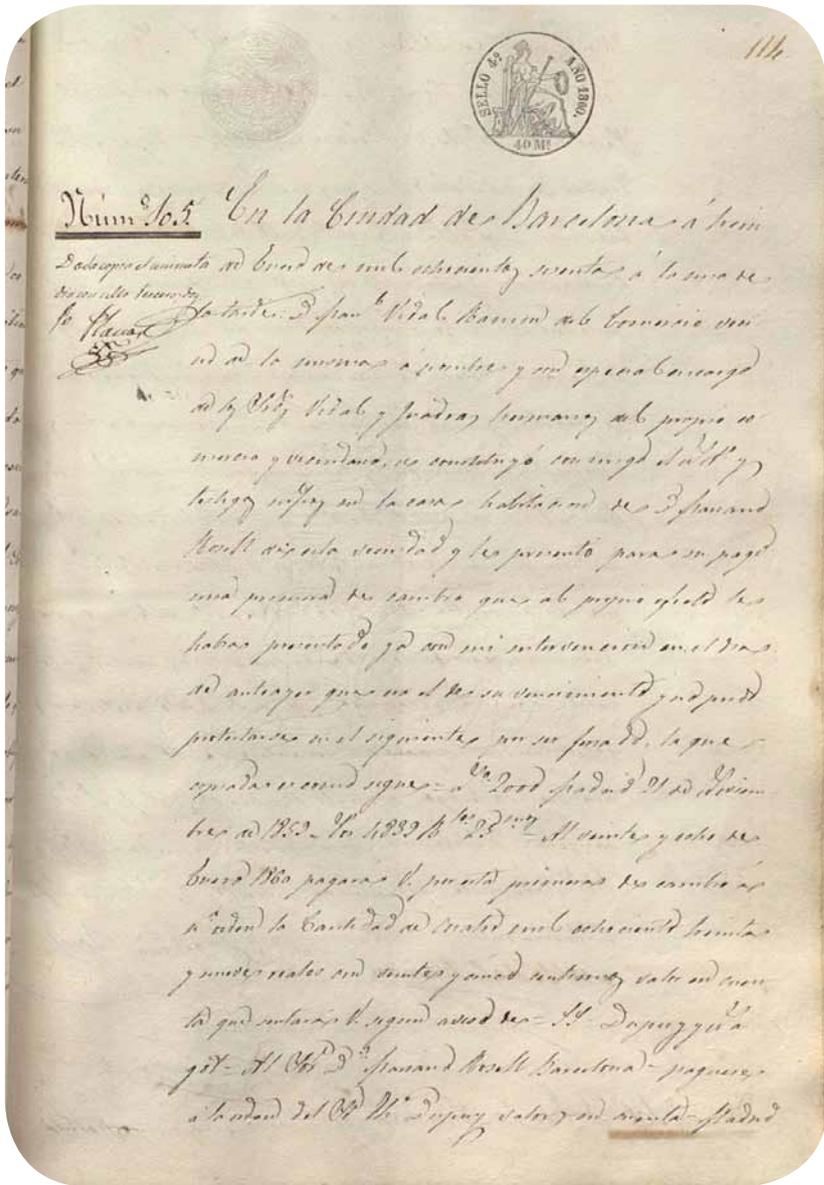
En el decurso de la presentación, intervinieron Laureà Pagarolas y Vicenç Ruiz, Director Técnico y Técnico, respectivamente, del AHPB, quienes, por un lado, dieron un repaso a los aspectos técnicos y de producción de la exposición, que se enmarca en la página web del Colegio (www.notariosdecataluña.org), y, por otro lado, glosaron el contenido de la documentación escogida en relación con Europa, destacando algunas de sus particularidades. El Director del AHPB destacó que «el principal objetivo de esta exposición es contribuir a evidenciar el papel jugado por el Notariado barcelonés en relación con Europa, y poner de manifiesto que los protocolos notariales se convierten en un testimonio privilegiado para explicar un aspecto significativo de la historia de Barcelona: precisamente aquel que pone en relación la capital catalana con el amplio abanico de ciudades y países que han configurado la realidad europea desde la época medieval hasta la actualidad».

Posteriormente, Martín Rodrigo y Alharilla, Doctor en Economía por la Universitat Autònoma de Barcelona, pronunció la conferencia «Infraestructuras y finanzas: el eje Barcelona-París al inicio de la industrialización», en la que hizo referencia a varios documentos que recogen la vida de París en el siglo XIX, como el *Diario de los viajes por Europa* de Alejo Vidal-Quadras, escritos de Agustín de Goytisolo en su etapa parisina, recortes de la prensa del momento o las misivas de los hermanos Pablo y Claudio Gil Serra, residentes en París, a su hermano Leopoldo, residente en Barcelona, en donde relatan el momento histórico que vive la ciudad francesa en 1871. Como recordó el ponente, Pablo Gil Serra fue un importante banquero (propietario de la Banca Gil), político, coleccionista de arte y empresario que fundó la Sociedad Catalana para el Alumbrado de Gas en Barcelona (actualmente Gas Natural) y la Real Compañía de Canalización del Ebro, entre otras. Rodrigo hizo mención de la documentación que contiene el AHPB acerca de esta compañía, que ha hecho posible analizar cuál fue la participación catalana en este negocio. Al morir, Pablo Gil Serra dejó en testamento una parte importante de su herencia para que se destinase a «la fundación de un hospital civil que, con el nombre de San Pablo, se construya en la ciudad de Barcelona, conforme a las instrucciones que dejó escritas por separado» (el actual Hospital de la Santa Cruz y San Pablo de Barcelona).

La clausura del acto corrió a cargo de Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, quien destacó la importancia de la reciente digitalización del AHPB, «que ha permitido digitalizar 750.000 imágenes correspondientes a 3.336 volúmenes, entre ellas, el protocolo más antiguo, del año 1299. De estos —afirmó—, 900 volúmenes ya son consultables en línea». Ollé remarcó la importancia «de la proyección europea del Archivo», y destacó la presencia constante del Notario en la his-



Protocolo de constitución de la sociedad para la construcción del ferrocarril de Barcelona a Mataró (1845)



Protesto de una letra de cambio por impago de un efecto creado en Manchester (1860)

toria «no solo pasada, sino también la que sigue pasando a día de hoy en la vida de los ciudadanos y las empresas de Cataluña». También hizo referencia a la inminente aprobación en el Congreso de los Diputados de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, «la cual atribuye a los notarios muchas competencias que, en algunos casos, afectan a momentos importantes de la vida de las personas y que, como podemos comprobar en nuestro Archivo Histórico, los notarios ya habíamos ejercido en muchos casos durante siglos». En referencia a la exposición virtual, el Decano del Colegio de Notarios de Cataluña manifestó que «es muy ilustrativa de esta riqueza archivística y documental y del grado de evolución e internacionalización de la economía en Cataluña y, sobre todo, en Barcelona desde hace siglos». Finalmente, concluyó que «la exposición pone de manifiesto que los notarios hemos sido un factor clave en la configuración de la realidad europea, y seguiremos siendo clave en una sociedad como la actual».

Para poder visitar la exposición, abierta a todo el mundo, se tiene que acceder a la página web del Colegio, www.notariosdecataluña.org, seleccionar «Archivo Histórico» y, desde allí, hacer clic en «Exposiciones». Cada protocolo se halla íntegramente, y aparece referenciado y acompañado de una explicación tanto del documento en sí como del contexto histórico en el que se enmarca. Algunos ejemplos de los treinta y tres documentos que contiene la exposición son, en el eje temático del artesanado y la industria, el protocolo de constitución de la sociedad para la construcción del ferrocarril de Barcelona a Mataró, que data de 1845. En este documento, Ángel Villalobos, vecino de Londres y residente en Barcelona, por una parte, y Ramon Maresc Ros y el resto de miembros de la Junta Directiva de la Gran Compañía Española del Camino de Hierro de la Ciudad de Barcelona a la de Mataró, Línea Primera en España, por otra, reconocen la formación de una sociedad anónima. De hecho, Villalobos actúa en este documento como representante de Josep M.^a Roca Cabanas, comerciante, residente en Londres y verdadero promotor de la empresa. Esta nueva sociedad

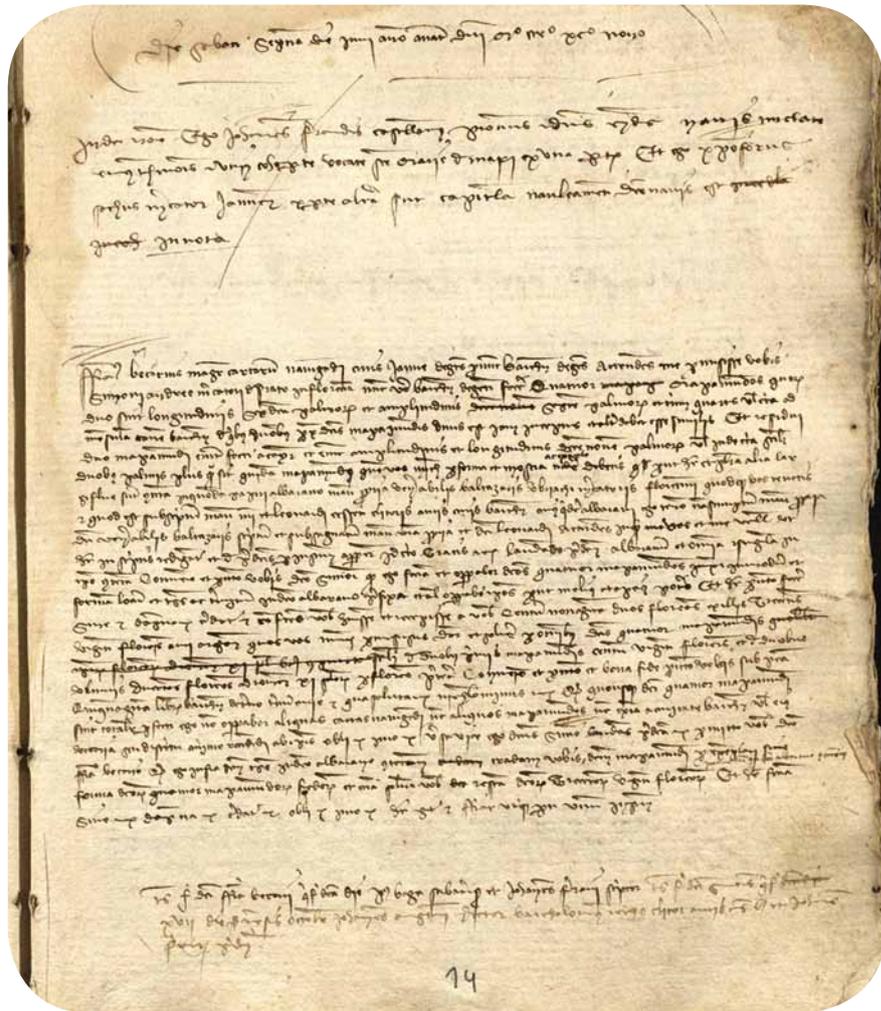
que ahora se forma con la finalidad de construir la primera línea de ferrocarril de la península es el resultado de la cesión hecha por Josep M.^a Roca a la Gran Compañía Española del Camino de Hierro de sus concesiones iniciales, que él mismo ha gestionado. La sociedad se constituye con un capital de 20 millones de reales, divididos en 10.000 acciones, la mitad de las cuales ha sido repartida entre los accionistas ingleses que Roca ha conseguido. La Junta está integrada por siete miembros españoles y cuatro ingleses. Y Josep M.^a Roca, director, comisionista y concesionario del proyecto, también es el encargado de la contratación en París del Ingeniero Joseph Locke, del mismo modo que de la adquisición en Inglaterra de toda la maquinaria necesaria y otros objetos.

En cuanto a protocolos en el ámbito de las finanzas, destaca el protesto de una letra por impago de un efecto creado en Manchester en 1860. En este, la firma de banca Vidal Quadras Hermanos presenta a protesto por falta de pago una letra hecha por la firma Daniel Forwell en Manchester, el 30 de diciembre de 1859, por un importe de 112 libras es-

Para poder visitar la exposición, abierta a todo el mundo, se tiene que acceder a la página web del Colegio, www.notariosdecataluña.org, seleccionar «Archivo Histórico» y, desde allí, hacer clic en «Exposiciones». Cada protocolo se halla íntegramente y aparece referenciado y acompañado de una explicación



Vida corporativa



Contrato para la confección de cuatro mapamundis de gran formato y de lujo, firmado por el Cartógrafo Francesco Beccari (1399)

terlinas. La letra, redactada en francés, tenía que ser pagada por Pere Llauradó, de Barcelona, quince días después de habérselo presentado a la vista. El 13 de enero ya había sido protestada por falta de aceptación y ahora se vuelve a protestar por impago. La letra viajó de Manchester a Londres; después, a Zaragoza, y, finalmente, llegó a Barcelona con cuatro endosos sucesivos. A la fecha del pago, y ante Notario, Pere Llauradó afirmó que no la pagaba porque no había recibido las mercancías por las que había sido creada la letra.

Finalmente, respecto a la sección dedicada al arte y la cultura, la exposición virtual permite acceder a un contrato para la confección de cuatro mapamundis de gran formato y de lujo, firmado por el Cartógrafo Francesco Beccari en 1399. Beccari, maestro de cartas de marear, natural de Génova y residente en Barcelona, ratifica el documento en el que se había comprometido a confeccionar cuatro mapamundis de gran formato y riqueza decorativa con Simone d'Andrea, mercader de Prato y también residente en la capital catalana. Este actuaba por delegación de su socio, el rico mercader florentino Baldassare degli Ubriachi. El maestro promete hacer los cuatro mapamundis en la forma, lugar y tiempo establecidos; confiesa haber recibido la cantidad de 192 florines de oro de los 320 que habían pactado como precio, y se compromete a no trabajar en otros encargos hasta que no los tenga acabados. A su vez, Simone d'Andrea da su conformidad y promete entregarle un mapamundi como modelo y, al mismo tiempo, pagarle el resto de los 320 florines totales del precio.

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.



COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA

