

LaNotaria

Número 3 | 2017

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Nuevos reglamentos europeos y cooperación jurídica internacional

«El Notariado ha sabido adaptarse a las exigencias del Derecho Privado contemporáneo»

Entrevista a Pablo Salvador Coderch
PREMIO PUIG SALELLAS 2017

«Es necesario reencontrar el lugar de las Academias»

Entrevista a Lluís Jou Mirabent
PRESIDENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE CATALUÑA

TRIBUNA

Esteban Fernández-Alú Mortera
Luis Muñoz de Dios Sáez
Antonio Longo Martínez
Juan Antonio Andújar Hurtado
Ramón Vázquez García

DOCTRINA

La financiación de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: crónica de un desacierto legislativo

Los principios generales del derecho. Mucho más que un mito jurídico

El procedimiento registral

PRÁCTICA

La prenda catalana en la póliza intervenida. Algunas cuestiones y advertencias prácticas.

Cuestiones de Práctica Notarial

Novaciones y rango tras la DGRN de 14 de mayo de 2015

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



iQMEMENTO NOTARIOS
LEFEBVRE

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



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



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



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



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

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00
clientes@lefebvreelderecho.com

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.

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

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.notariosdecataluña.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Aún sin transponer la directiva 2014/17/UE

En vísperas de la ya inaplazable transposición al Derecho interno español de la Directiva de crédito inmobiliario, Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 (aunque dado el retraso quizás convenga esperarse a que el TJUE se pronuncie antes sobre todas las cuestiones prejudiciales que tiene planteadas), se debe constatar:

Primero.- El manifiesto retraso sobre la fecha en que debería haberse transpuesto, pues como precisa su art. 43: “La presente Directiva no se aplicará a los contratos de crédito en curso antes del 21 de marzo de 2016 [pero, obviamente, sí después], junto a que ya falta menos de un año para la evaluación contemplada en el art. 44, cuando dice que: “La Comisión efectuará una revisión de la presente Directiva a más tardar el 21 de marzo de 2019”, por ello es especialmente significativo nuestro retraso, así como porque dicho retraso en transponer no implica que la Directiva 2014/17/UE no esté en vigor (v. su art. 49), y, por tanto, los problemas que pudiera conllevar el exigirse su “efectividad” por cualquier consumidor español, dado que –y al margen de lo que se pueda decir- lo vigente en nuestro Derecho interno, y con lo que se viene operando, no es, ni mucho menos, equivalente a lo que tendrá que ser su transposición (por no citar más, baste acudir a su art. 28), incluso aunque se trate de una Directiva de mínimos. Y, desde luego, lo que al día de hoy se contempla como proyecto no siempre, y justo en cuestiones esenciales, recoge lo que ya es jurisprudencia nacional o comunitaria, y ello no es solo un retroceso sino una fuente de inseguridad jurídica y, sin duda, de reiteración de cuestiones prejudiciales al TJUE, pues aunque sea una norma con rango de Ley y su transposición la Directiva 2014/17/UE, lo cierto es que sigue en vigor, y parecería incluso legislarse contra ella, la Directiva 93/13/CEE (basta pensar en la solución imperativa que parece quererse dar a los intereses de demora, a las cuotas o cantidades impagadas para darlo por vencido anticipadamente, etc.).

Segundo.- Las muchas cuestiones ya resueltas –ahora para bien de la seguridad jurídica- por nuestro Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a la ya lustrosa Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Aunque todavía pendiente de pronunciarse sobre cuestiones esenciales, que cabe esperar sea como ya lo ha hecho el Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de marzo de 2018, *Asuntos acumulados C96/16 y C94/17 - Banco Santander, S.A., contra Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona) y *Rafael Ramón Escobedo Cortés contra Banco de Sabadell, S.A.* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo), que tratan de: Contratos celebrados con los consumidores — Cláusulas abusivas — Cesión de créditos — Inexistencia de derecho de retracto — Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que fija los intereses de demora — Consecuencias de ese carácter.

Aún con todo, queda mucho por resolver, sin que siempre pueda ser el TJUE el llamado a hacerlo, y sí sería ocasión para que lo haga la transposición, pues, por ser de mínimos, nada impide dar más garantías al consumidor (que, por otra parte, no puede renunciar ni transigir sobre la máxima tutela disponible), como tampoco impide el tratar otras cuestiones en debate aunque no sean propias de la transposición de la Directiva 2014/17/UE, pero sí del debate jurídico sobre la operativa bancaria en materia de préstamos y créditos hipotecarios, muy singularmente de la financiación para la adquisición de la vivienda habitual, y que, además, conviene

que sea con norma de rango de Ley para evitar ulteriores anulaciones tal que la STS (S. cont.-admtvo., secc. 3ª, rec. cas. 1141/2013) de 7 de marzo de 2016, sobre nulidad del primer párrafo del art. 30.3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Soluciones que no pueden consistir en imponerse al consumidor “cargas”, que no propiamente obligaciones exigibles, con efectos que pueden resultar abusivos (con su consiguiente nulidad), por inversión de la carga de la prueba, presunciones de transparencia material o real que no hay tal (por difícilmente ajustarse a lo que ya tiene resuelto el TJUE y nuestro TS), y que, en todo caso, podrán obviamente discutirse judicialmente; pues, el viejo procedimiento “sumario” sin contradicción ha muerto y no puede resucitarse, ni directa, ni indirecta, ni oblicuamente, el control de abusividad no va a desaparecer y además, en esencia, solo puede ser judicial, pues el art. 24 CE’78 también es aplicable. Otra cosa es expulsar de los contratos de préstamo o crédito (la garantía hipotecaria es lo accesorio) las cláusulas manifiestamente nulas o abusivas, y esto hoy ya se puede hacer, con la doctrina registral. Tampoco caben soluciones o pseudosoluciones como que los manuscritos sean un dictado o mera copia literal (y acaso entrecomillada) de lo propuesto por una parte, justo el oferente, vamos también como adhesión, que no como manifestación –lo que sí es un acta notarial- del consumidor.

Por todo ello, el notario está llamado -por ser justo delante del mismo que se presta el consentimiento, y en que se adhiere el prestatario o consumidor- a facilitar *la transparencia formal* (inclusión, y ello al margen de negritas, mayúsculas, subrayados, etc.) y *la transparencia material* o de contenido, pero no solo en su literalidad sino en sus efectos, que por ser de efecto retardado, algunos únicamente pueden ser contemplados (y entonces, no antes, apreciar su abusividad) bastante tiempo después de su formalización, y dependiendo de las circunstancias incluso no previsibles al formalizarse, tal que cláusula suelo (con intereses negativos), interés de demora o vencimiento anticipado, por ello es obvio que podrá impugnarse incluso transcurridos años de haberse formalizado el préstamo hipotecario e incluso haberse ido pagando; sin embargo, más discutible es que –pudiéndose incluso caer de nuevo en el mero formalismo, tal cual sucede con el párrafo manuscrito- pueda sanar, el notario, la falta de información precontractual en el momento hábil oportuno; como tampoco puede admitirse, sin más, que la no formalización del acta notarial previa pueda acarrearle presunciones desorbitadas, tal que ser a él (consumidor) al que corresponda desvirtuar la pretendida transparencia material del contenido del préstamo u otras. Se trata, sin duda, de lograr seguridad jurídica, pero esta no puede ser al margen de los pronunciamientos ya bien conocidos de nuestro TS y del TJUE, resulta imprescindible, pues, integrar en la transposición todo lo ya resuelto para la Directiva 93/13/UE.

Lo que falta, sobre todo, es seguridad jurídica, que no se logra ni con falsos debates ni con estériles soluciones, pues ni las soluciones ya conocidas se van a poder despreciar, ni la imposición de cargas o soluciones taumatúrgicas van a lograr los efectos pretendidos, la realidad –incluso jurisprudencial- es la que es, y además irreversible, por ser ajustada a la Directiva en vigor y olvidarse de buena parte de la que se tiene que transponer.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Aún sin transponer la directiva 2014/17/UE
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- El Notariado: un cuerpo que no se defiende
Esteban Fernández-Alú Mortera 7
- Sobre la "Comunidad Valenciana": una visión crítica
Luis F. Muñoz de Dios Sáez 9
- Sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. La compraventa (II)
Antonio Longo Martínez 16
- El voto por correo electrónico en las juntas de sociedades limitadas
Juan Antonio Andújar Hurtado 20
- Blockchain y criptomonedas
Ramón Vázquez García 22



Entrevista

- "El Notariado ha sabido adaptarse a las exigencias del Derecho privado contemporáneo"
Pablo Salvador Coderch 26
- "Es preciso reencontrar el lugar de las Academias"
Lluís Jou i Mirabent 31



Doctrina

- La financiación de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: crónica de un desacierto legislativo
José Manuel Ventura Ventura 38
- Los principios generales del derecho. Mucho más que un mito jurídico
José Luis del Moral Barilari 59
- El procedimiento registral
Gabriel de Reina Tartière 70



Internacional

- El nuevo Reglamento Europeo de Uniones Registradas
Jesús Gómez Taboada 84



Práctica

- La prenda catalana en la póliza intervenida. Algunas cuestiones y advertencias prácticas
Víctor J. Asensio Borrellas 89
- Cuestiones de Práctica Notarial
Javier Martínez Lehmann, Javier Micó Giner, Leopoldo García Oquendo, Carlos Mateo Martínez-Bartolomé, Elena Romeo García, María Ángeles Santamaría Juan, Javier Santos Lloro, Andrés Valdés Segura y Pablo Vázquez Moral 98
- Novaciones y rango tras la RDGRN de 14 de mayo de 2015
Alfonso Carbonell Aguilar 104



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Lefebvre-El Derecho 106



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 115
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez 146



Bibliografía

- «El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas» 154



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 157

El Notariado: un cuerpo que no se defiende



Esteban Fernández-Alú Mortera
Decano del Colegio Notarial de Asturias

En Noviembre de 2014 el Consejo General del Notariado celebró su reunión en Oviedo. Fue un consejo de los excepcionales que se desarrollan en dos días ya que, aparte de los asuntos de trámite, se pretendía dedicar un tiempo especial a intentar establecer una **estrategia** en orden a la conducta que debería seguir nuestro cuerpo **para afrontar los problemas que nos acosan**.

Dadas las características de la reunión consideré oportuno aportar al acta de la misma un escrito en el que se esbozaban **algunos planteamientos que pretendían contribuir a la consecución del objetivo principal de la reunión** -algún otro compañero elaboró un pormenorizado programa que considero complementario del mío-. Dicho escrito comenzaba con una breve introducción que exponía lo siguiente:

“La historia habla de nuestro origen en los *tabeliones* romanos, del esplendor del notariado en la Edad Media, de la creación del Protocolo por los Reyes Católicos, de la

posterior decadencia durante el llamado Antiguo Régimen y del resurgimiento a partir de la ley de 1862 aún vigente aunque con reformas sustanciales.

Durante el convulso siglo XIX español hubo, no obstante, intentos de modernización y de construcción de un Estado que garantizase las libertades y derechos de los ciudadanos así como que velase por sus relaciones privadas de índole negocial de manera que sirviesen como base para un desarrollo ulterior de la Sociedad.

El notario a partir de ese momento es un funcionario encargado de controlar la legalidad de los actos y negocios particulares y de darles carácter público. Pero su función no se limita sólo a eso; **realizan una cierta misión arbitral entre las partes y están encargados del asesoramiento de las mismas, siempre partiendo de criterios de neutralidad.** Mención especial merece la cuestión del **asesoramiento** prestado a esos particulares, por ser **circunstancia única dentro del mundo funcional** ya

que el funcionariado puede ser consultado por los ciudadanos y como resultado de esas consultas hacer indicaciones, pero esa actividad ni es esencial ni viene establecida en el ordenamiento, siendo la característica más remarcable del funcionariado la de ser un elemento del aparato coercitivo del Estado, circunstancia esta última que no encaja con las características del notario.

A partir de los años ochenta, y a pesar de la apariencia democrática de nuestro sistema político, **las garantías para la ciudadanía**, si bien no directamente pero sí indirectamente, **tienden a reducirse y esto haría que la figura del notario no fuese del agrado del conjunto de los poderes que constituyen nuestra oligarquía rectora**”.

Continuaba con una indicación de los problemas y adversidades que afectan al notariado; sus posibles enemigos entre los cuales se remarcaba el carácter incongruente y nocivo de la injerencia en la función notarial del Tribunal de la Competencia.

A todo esto se añadía una **reflexión final sobre la línea de conducta que debería adoptar nuestro cuerpo** y las personas adecuadas para llevarla a cabo según cual fuese la elegida:

“Así las cosas, **caben dos posturas:**

- La rendición preventiva, ya que si nada sirve de nada y no se pretende atacar el mal en su raíz sino solamente algunos síntomas periféricos, no tiene sentido hacer grandes esfuerzos, ni concienzudos estudios que sólo contribuyen al reciclado de papel de modo que lo más coherente sería simplemente sentarnos, lo más cómodamente posible, a esperar las instrucciones que nos den, incluida por tanto la posible disolución.
- Ante la situación de eliminación progresiva, también se puede intentar luchar, el resultado de esta lucha puede ser el mismo que se prevé en el apartado anterior pero siempre queda, por remota que sea, alguna posibilidad de victoria y en cualquier caso, aún en la derrota, nuestra postura sería más honorable, aunque no ignoro que en estos tiempos el honor no es valorado e incluso a algunos les puede producir escalofríos.

Por lo tanto, **hay que hacer entrar en razón al Poder**, poniéndole de manifiesto que **la fe pública no se puede financiar por arte de magia**, que todo funcionario, por el hecho de serlo, **tiene que tener una retribución** y que **no se puede ejercer una función imparcial, arbitral y moderadora, dentro del ámbito de las transacciones, si uno mismo está sumido en las luchas y tensiones que ellas conllevan**. Empleando una metáfora coloquial, no se puede arbitrar un partido a la vez que uno participa como jugador en uno de los equipos contendientes”.

Añadir que **la compensación económica a satisfacer por los usuarios de la fe pública ha de estar regularizada** y no ser oscilante pues el pago de la misma persigue el mantenimiento de una función del Estado y no la remuneración de una actividad mercantil.

Finalmente debemos examinar el aspecto personal ya que cualquier proyecto, para ponerlo en práctica, hacen falta las personas que ejecuten las medidas necesarias para su desarrollo.

Si adoptamos la postura A, o rendición preventiva, creo que en aquel tiempo estábamos dotados de un equipo perfectamente adecuado, siendo tan solo necesario tomar alguna medida marginal como eliminar algún decano excesivamente belicoso de la comisión permanente. En la actualidad el problema está resuelto, los resistentes son tan pocos que podemos darnos por sometidos.

Si por el contrario optamos por la opción B, ahora mismo sería complicado llevarla a efecto dado que habría que cambiar a la mayoría del Consejo y aun así no sería fácil encontrar sustitutos que formasen un equipo integrado por personas decididamente aguerridas, capaces de nadar contra corriente, de debatir en todos los foros que fuese necesario e iniciar una guerra de desgaste en los medios de comunicación contra aquellos elementos que tratan de distorsionar nuestra función.

Hay que reconocer que **en aquellas fechas el panorama no era optimista**. La actitud “pancista” dominaba el Consejo si bien por una estrecha mayoría que a pesar de todo planteaba los problemas para debatirlos y trataba de darles alguna justificación y el sector minoritario contaba en sus filas con un grupo bastante nutrido de miembros con gran capacidad para el debate que argumentaba sólidamente su oposición y que además tenían características distintas con lo cual se complementaban, lo que les permitía, con esa variedad argumental y estilística, ejercer una fuerte presión sobre el grupo dominante e incluso obtener algún éxito de cierto relieve como sacar adelante la última demarcación, obtenida fundamentalmente gracias a la habilidad política del decano del Colegio que amablemente me ofrece la posibilidad de exponer mis opiniones en este medio.

Eran las reuniones del anterior periodo del Consejo, tensas sí pero enriquecedoras y en algunas ocasiones hasta divertidas, manteniendo en todo momento la atención del que quisiera participar.

Por desgracia, cuando una sociedad entra en un periodo de degeneración afecta a todos los ámbitos de la misma, no sólo a los grandes problemas como puede ser el de la ruptura de la Nación sino a todos los estamentos y niveles de la misma desde la jefatura del Estado a los encargados de recoger la basura.



Aunque un sector de nuestros colegas se empeñe en vernos al margen de la sociedad, eso no es así, y los avatares de la misma nos influyen metamorfoseándonos con ella, por ello la situación en **nuestro órgano de dirección, siguiendo el proceso de la sociedad en la que se encuentra inmerso, ha caído en una atonía francamente preocupante**. Reducido el núcleo opositor por el cambio de bastantes decanos y, teniendo en cuenta la excepciones que siempre hay, la mayor parte de los sustitutos tienden a la inacción; se produce como consecuencia que **el “pancismo” no sólo crece sino que hasta se permite el lujo de hurtar el debate** con lo cual es evidente que se ha dado un salto más pasando de la inacción a adoptar unas posturas que podríamos calificar de disolventes.

En el fondo, **el Consejo da la sensación de estar cooptado, y consecuentemente el notariado, por un sector de fedatarios que en estos momentos de confusión y peligro atienden más a la salvación personal que a los intereses colectivos** lo cual es un craso error porque se juegan no sólo su futuro sino el de sus hijos, por el que algunos tantos esfuerzos están haciendo, ya que parecen haber olvidado la respuesta dada por Roma a Audax, Ditalcón y Minuro.

En definitiva podemos concluir que **el notariado sigue controlado por un grupo de notarios con epicentro en Madrid y sus prolongaciones periféricas**. Hemos de aclarar que en ningún caso nos referimos al colegio madrileño como tal ya que en el mismo hay muchos notarios del mismo que nada tienen que ver o incluso son contrarios a esta situación.

Sobre la “Comunidad Valenciana”: una visión crítica



Luis F. Muñoz de Dios Sáez
Notario de Villarejo de Salvanés (Madrid)

1) Casi tres décadas de su admisión por la DGRN:

La Generalitat valenciana cuenta en su Estatuto con la llamada “cláusula Camps”, por la que toda competencia que tenga más adelante cualquiera otra Comunidad Autónoma la asume igualmente la primera, de modo que no tolera privilegios para otras CCAA. Pues bien, tampoco parece justo que la valenciana sea una comunidad privilegiada y ahora me refiero no a la Generalitat sino a una cuestión de Derecho Civil: la “**construcción en comunidad**” por la que, por ejemplo, dos hermanos condueños de un solar por mitades indivisas declaran que están construyendo o han construido en un edificio de dos pisos cada uno su propio piso con su respectivo dinero y los elementos comunes con dinero de ambos por mitades y dividen lo edificado en propiedad horizontal, creyéndose exi-

midos de tener que disolver la comunidad adjudicándose uno cierto piso y el otro el piso restante. Aquí el privilegio consistiría precisamente en dicha exención, en el ahorro de los gastos –notarial, fiscal por acto jurídico documentado (AJD) y registral– de la disolución de comunidad, negándose (hay aquí un auténtico negacionismo) la existencia misma de dicha disolución, que es como el famoso gol fantasma, ese gol que es gol –entra en la portería– pero no sube al marcador (el 1 de junio de 1986 se cumplieron también treinta años también del famoso gol fantasma de Michel, de falta, en el debut de España frente a Brasil en el Mundial de fútbol de Méjico). Curiosamente de 1986 fue la escritura pública que dio pie a que **la DGRN, en Resolución pionera de 18 abril 1988**, admitiera a inscripción dicha “**comunidad valenciana**” (CV), dando carta de naturaleza a una previa práctica nota-

rial extendida. No hubo, con todo, bautizo, en dicha Resolución: en ningún momento notario, registrador y DG mencionaron el topónimo “valenciana”; es más, todo tiene lugar en la otra punta de España: en Cáceres (finca de Casatejada y notario y registrador de Navalmoral de la Mata).

2) La prehorizontalidad como único ámbito posible:

La citada escritura de 1986, pese a ser también de declaración de obra nueva, no dejaba claro –el notario y los dos matrimonios otorgantes– si estaba en construcción o concluida (se decían ambas cosas a la vez). Y la DG no hace distinción de ambos supuestos, dando por buena la CV incluso en caso de obra ya concluida. Si bien, como señala el registrador del caso, “para que no se produzca el principio de la accesión, es



preciso que desde antes de iniciarse la construcción exista el referido pacto”, ya que “si está construida, no se puede modalizar la accesión, pues ya se ha producido”. ¿Qué se ha producido? Lo accesorio (lo edificado) sigue a lo principal (el suelo), y lo sigue en cuanto a la titularidad (y proporción, si hay comunidad) y el carácter de ésta (ganancial o privativo), de modo que, si el terreno pertenece por mitades indivisas (en abstracto) a los dos comuneros, de suerte que, tras la obra y la división horizontal de ésta en dos pisos en el ejemplo antedicho, cada uno de los dos pisos pertenecen por mitades indivisas (en abstracto), igual que el suelo a los dos condueños. Luego, producida ya la accesión continua de inmueble a inmueble, la ordinaria del **Código Civil (art. 358)**, la única manera de repartir los dos pisos entre los copropietarios de los mismos, a toro pasado, es la disolución de comunidad sobre el edificio preexistente.

Y es que, **a mi entender**, aunque se admita acríticamente en la práctica, **no cabe otorgar la eficacia retroactiva del pacto de CV, de suerte que se lleve sus efectos hasta antes de iniciarse la construcción por virtud de la mera manifestación de los condueños de que el pacto se dio ab initio**. De admitirse la retroacción, estaríamos dejando en manos de los condueños de la finca –inter partes– la posibilidad de elegir una fecha por lo general incierta (suele ser cierta la del fin de obra, merced al certificado correspondiente, que no la de su inicio) como momento de una mutación jurídico real *erga omnes*. Es más, podría ser

falso que desde el principio de la construcción los condueños hubiesen tenido la intención de hacerse cada uno dueño exclusivo de cierto piso. Puede que no supieran antes de –ni siquiera durante– la construcción para quién sería cada piso y que sólo acabada la obra y años después incluso llegaran al acuerdo de repartirse los pisos, pero les convenga entonces mentir y decir que desde el principio ya tenían en mente la distribución, para, por ejemplo, exonerar, lo que supondría un fraude al art. 1911 del Código Civil, a uno de los condueños –el más solvente– de la responsabilidad civil por daños producidos –entre tanto– desde el piso que adjudican al otro condueño –el menos solvente–, adjudicación actual pero con pretensión de retroacción –por obra y gracia de las palabras CV, por ello impropia al momento del inicio de la obra.

Por ello, **creo que la CV propiamente tal sólo es posible cuando se pacta antes de haberse iniciado la edificación**, en cuyo caso la accesión (de lo edificado al terreno) ya no será la ordinaria antedicha, sino una muy distinta, se habrá modalizado, de suerte que, según se va levantando el edificio, el piso 1º pertenece al 100% a uno sólo de los condueños del suelo y el 2º al otro en exclusiva, quedando en comunidad los demás elementos, porque así lo han estipulado *ex ante*, desde antes de emprender la obra. Y, como estamos ante el derecho real de la propiedad, para su eficacia frente a todos, **dicho pacto de CV previo a la obra (el de modalización de la accesión), deberá constar en escritura pública**, normalmen-

te de declaración de obra en construcción y en todo caso de división prehorizontal, anunciando así los condueños de un solar la futura distribución de los pisos entre ellos. Por ello, **sostengo que la CV sólo tiene un pase en caso de preexistir la declaración de obra y la propiedad horizontal totalmente al edificio por construir, siendo extraño que se admita más allá de su único ámbito posible: la prehorizontalidad.**

3) Naturaleza y eficacia del pacto:

La disolución de comunidad propia de la CV posthorizontal siempre es acto de naturaleza y eficacia meramente particional, es decir, no traslativa ni declarativa sino determinativa, sustitutiva, especificativa, a mitad de camino entre lo más –el acto dispositivo– y lo menos –el acto de administración ordinaria– y no coincide con la naturaleza y eficacia neutra de los otros dos actos jurídicos concomitantes (obra nueva y división horizontal), que son de riguroso dominio, simplemente modificaciones de entidades hipotecarias: así, por ejemplo, si uno de los comuneros está representado por su padre en ejercicio de la patria potestad, no precisará de autorización ni aprobación judicial (art. 1060 Cc), que sería precisa en caso de disposición (art. 166 Cc); si lo está por su tutor, no necesitará de autorización judicial (precisa para actos dispositivos inscribibles) pero sí de aprobación judicial (art. 272 Cc); y si lo está por un apoderado con poder sólo para declarar obras nuevas y dividir horizontalmente, no podrá representarlo; el poder debe especificar la facultad de disolver comunidades (art. 1713 Cc). Y en caso de prehorizontalidad, más que disolución de comunidad, hay modalización de la accesión, que, a mi juicio, participa de la misma naturaleza y surte la misma eficacia que la disolución de comunidad en cuanto al control de legalidad preciso por parte de notarios y registradores.

4) La acción de división (y reparto) de la cosa común:

En cuanto a la objeción que plantea el notario del caso (de la R. de 1988) de que negar la CV “llevaría a la solución inadmisibles de que los copropietarios en fase de construcción del edificio podrían ejercitar la acción de división del solar”, el registrador contesta que “para no llegar a la posible disolución de comunidad en plena construcción”, “sería trascendente el



pacto de indivisión durante el plazo que se estime oportuno (dentro de los límites del art. 400.2 del Código Civil)". Por mi parte, **pienso que si la CV se pacta precisamente en la escritura de obra nueva en construcción y división (pre)horizontal antes de iniciarse la construcción, en la medida en que la *actio communi dividundo* no se da en la propiedad horizontal (vid. art. 396 Cc), no habría necesidad ni siquiera de renunciar a dicha acción.** A lo sumo, podría remacharse el clavo, renunciando a la acción como cláusula de estilo, al modo de los garajes vendidos por cuotas indivisas que llevan cada una adscrito el uso exclusivo de cierta plaza (art. 68 del Reglamento Hipotecario anterior al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, dada la anulación de ciertos párrafos por la Sentencia de 31 de enero de 2001 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo).

5) No es el único caso de manipulación de la accesión:

Otro caso muy frecuente se da, por ejemplo, **cuando unos padres toleran que su hijo se edifique una casa a su costa** (la del hijo, con un coste de obra pongamos que de 100.000 euros) **sobre una parcela de los primeros** (pongamos que valorada en 80.000 euros) **con intención de donársela más adelante.** Tal edificación pertenece por accesión a los padres como dueños del suelo, si bien se les genera una deuda para con el hijo por el valor de la obra (art. 361 al que remite el 364 del Código Civil), por lo que en teoría lo correcto sería otorgar los padres escritura de negocio mixto de cesión de finca (suelo más vuelo, valorada en 180.000 euros) a su hijo, en parte, hasta 80.000 euros, gratuita, con la bonificación autonómica, en su caso, en el impuesto de donaciones propia de las donaciones entre parientes en línea recta y en la parte restante, de 100.000, onerosa, en pago de la citada deuda, al 6% del impuesto de transmisiones patrimoniales. La declaración de la obra (con una base imponible y de los aranceles notarial y registral de 100.000 euros) puede hacerse en la misma escritura de cesión, o bien en escritura aparte, sea previa –otorgada por los padres– o posterior –por el hijo–. Pero, en la práctica, se suele proceder de otro modo –manipulador– más conveniente: los padres otorgan a favor del hijo escritura de donación de sólo el terreno –base 80.000 euros– y luego el hijo por sí solo otorga escritura de declaración de obra nueva. No sólo se logra así un impor-

tante ahorro arancelario notarial y registral sino también tributario y, entre otras cosas, al declarar el hijo la obra, se evita la contratación del seguro decenal, obligatorio si la declaran los padres como única vivienda unifamiliar y la transmiten dentro de los diez primeros años de la obra, ya que no cabe pactar la exoneración del seguro al no poder probar los padres haberla usado para sí (disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación). Pues bien, cuando la obra es antigua –más de cuatro años– o es nueva pero el fin de obra es, en todo caso, anterior a la cesión del terreno, resulta, más que una ficción o una contradicción, una ocultación fraudulenta que la donación sea sólo del suelo, como si el vuelo no existiese ya al tiempo de donar, cuando es evidente que preexiste, como si no se hubiese dado ya la accesión continua de inmueble a inmueble (del vuelo al suelo) *ministerio legis*, como si por arte de la voluntad de padres e hijo la accesión sólo se produjese al tiempo que ellos dijeran, al otorgar la escritura de obra nueva el hijo. Parece que semejante componenda cuela en notarías, Hacienda y registros sin mayores complicaciones, y se asemeja a la comunidad valenciana posthorizontal, en la que lo que se oculta es la accesión tal como se ha producido (en la CV se esconde que el vuelo pasa a ser en abstracto por mitades de los dos condueños en abstracto del suelo, y lo que se escritura es que la accesión se ha modalizado *ab initio*, de suerte que, según se construía el edificio, cada condueño del suelo iba deviniendo dueño sólo del piso por él costeados), sólo que en el caso de la donación del terreno hay una posposición y postdatación de la accesión ordinaria, mientras que en el que nos ocupa (de CV) hay anteposición o antedatación de la accesión modalizada, una retroacción de la misma.

Analicemos, a continuación los diversos aspectos implicados tanto en la opción de la CV (omisión de la disolución de comunidad, o bien omisión de la modalización de la accesión) **como en la opción de no CV** (explicitar la disolución de comunidad, o bien la modalización de la accesión).

6) El impuesto de Actos Jurídicos Documentados:

Parece mentira con qué tragaderas se ha admitido omnímoda y acriticamente la CV, que siempre ha buscado como fin principal –accesorio parece el pagar menos los



aranceles notarial y registral– eludir el pago del impuesto de actos jurídicos documentados (AJD) por la disolución de comunidad, tributando sólo por el AJD de la obra nueva (por la base imponible del valor de lo edificado) y el AJD de la división horizontal (por el valor de suelo más vuelo); en resumen, es el “pague dos, llévase tres”.

Cuesta creer que subsista la CV en la práctica notarial y registral tras la **sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 (6670/1998)**, que señala que “si resulta posible otorgar una escritura de división horizontal sin que se altere la titularidad común o exclusiva del inmueble, no lo es practicar la división material del edificio y adjudicar los pisos o locales a los comuneros sin haber realizado antes la división horizontal de los mismos y cuando ésta se produce en el mismo acto de la disolución de la sociedad a la que legalmente se equipara la disolución del condominio, no puede gravarse por ambos conceptos. Así lo ha entendido en ocasiones anteriores el propio Tribunal Económico Administrativo Central” y cita la Sentencia de 4 de abril de 1977 de éste.

Parece, pues, que el Supremo, en caso de escritura de obra nueva, división horizontal y disolución de comunidad, permite tributar sólo por la obra nueva (por la base imponible del valor de lo edificado) **y por la disolución de comunidad** (por el valor de suelo más vuelo), **dispensando de hacerlo por la división horizon-**

tal, pues ésta no se hace por capricho sino como medio necesario para poner fin a la comunidad. La Consulta 1446-01 de 11 de julio de 2001 de la Dirección General de los Tributos cita la Sentencia del Supremo: cuando la división horizontal va seguida, sin solución de continuidad de la adjudicación de los diferentes pisos a los miembros de la comunidad de propietarios, produciéndose en un mismo acto jurídico –léase escritura pública-, no resulta posible gravar por ambos conceptos, puesto que la división horizontal constituye un antecedente inexcusable de la división de la cosa común –léase disolución de comunidad-, por lo que resulta posible girar una sola liquidación por el gravamen de Actos Jurídicos Documentados –léase sin perjuicio de otra liquidación por AJD por la declaración de obra nueva-. Caso distinto sería si se documentan en actos distintos, uno tras otro.

(...) hoy por hoy hay un empate, desde el punto de la modalidad de AJD del impuesto de transmisiones patrimoniales, entre la opción de la CV (...) y la opción sin la CV (...): ambos tributan sólo por dos AJD de idénticas bases y tipos, por ejemplo, al 0,75% en la Comunidad de Madrid.

Análogamente, en **Sentencia 828/2012, de 25 de octubre de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**, ante una escritura de segregación de dos fincas para formar –con el resto de la matriz- tres fincas, con disolución de comunidad adjudicando a cada uno de los tres copropietarios una de las fincas, de forma conjunta, se dice que “la previa segregación es un paso previo y necesario para poder disolver el condominio...”, de forma que sólo podrá gravarse un único negocio jurídico en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados... Estamos, por tanto, ante una única convención gravada por el Impuesto, la disolución de comunidad, siendo sólo ésta la que queda gravada y no pudiendo ser gravada separadamente la segregación, al ser causa o presupuesto de la disolución, por lo que la segregación no es independiente o distinta de la extinción de la comunidad. La lectura de la escritura pública nos permite comprobar que la segregación forma parte del ne-

gocio jurídico de disolución de comunidad que ya tributa por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por lo que no puede tributar una segunda vez como segregación en la misma modalidad del tributo”. Y cita **en idéntico sentido la Sentencia de 24 de septiembre de 2007 del TSJ de Andalucía con sede en Granada**.

Luego, volviendo al supuesto que nos ocupa, el de la comunidad valenciana (CV) hoy por hoy hay un empate, desde el punto de la modalidad de AJD del impuesto de transmisiones patrimoniales, entre la opción de la CV (escritura de obra nueva, comunidad valenciana y propiedad horizontal) y la opción sin la CV (escritura de obra nueva, propiedad horizontal y disolución de comunidad): ambos tributan sólo por dos AJD de idénticas bases y tipos, por ejemplo, al 0,75% en la Comunidad de Madrid.

7) La plusvalía municipal:

En cuanto a otros tributos que pueden gravar las tres operaciones inmobiliarias, primero está –puede estar si el Ayuntamiento en cuestión grava a sus ciudadanos con el mismo- el impuesto municipal de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. El notario de Sevilla José Montoro Pizarro en la **web www.notarios-yregistradores.com** publica el 26 de octubre de 2013 un **artículo titulado “Plusvalía municipal y extinción de condominio”**, en que opina que nunca hay transmisión (precisa es “la transmisión de la propiedad” para que se dé el hecho imponible según el art. 104.1 de la Ley de Haciendas Locales, RDL 2/2004) en la extinción de comunidad, ni siquiera cuando uno de los comuneros se queda con toda la cosa pagando su defecto en metálico al otro, como ha entendido el Tribunal Superior de Justicia Catalán en sentencia de 18 de abril de 2013. Por mi parte, **creo que sí que existe transmisión y no partición cuando toda la cosa fuese divisible y aun así no se divide, no se adjudica cada parte a cada condueño sino que toda ella va para uno que paga el defecto en dinero a los demás**. No así –no hay hecho imponible al no darse transmisión- si la cosa fuese indivisible y se adjudica toda ella a un comunero que compensa en metálico o con otro bien al otro condueño, ni tampoco en el caso de que, siendo divisible la cosa, se divide entre los comuneros, que es cabalmente el caso de la CV. Por ello, da igual que se opte por la CV o por la no CV desde el punto de vista de este impuesto.

8) La ganancia patrimonial en el IRPF:

En lo tocante a la llamada “plusvalía estatal”, el **artículo 33.2 de la Ley 35/2006**, prevé que no existe alteración en la composición del patrimonio (que podría poner de manifiesto dicha ganancia gravable), en los supuestos de división de la cosa común ni en la disolución de comunidades de bienes (como tampoco en los de separación de comuneros, ni disolución-liquidación de gananciales ni extinción del régimen económico matrimonial de participación), si bien no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes recibidos. Con mayor razón, **creemos que no hay tampoco alteración patrimonial que aflore ganancia tributable en Renta en la CV impropia –posthorizontalidad-** en la que la disolución de comunidad se omite (aunque realmente tiene lugar), **pues no parece que la elipsis sea castigable con la tributación en Renta. Y, en la CV propiamente tal –prehorizontalidad-, la modalización de la accesión también tiene el efecto particional propio de la disolución de comunidad**, pues según se va edificando, *ab initio*, cada comunero del suelo queda como propietario exclusivo de uno de los pisos, **por lo que parece que tampoco hay aquí una alteración patrimonial gravable en IRPF**.

9) El arancel notarial:

Las **Normas Complementarias de aplicación del arancel sobre instrumentos de cuantía**, aprobadas por el Consejo General del Notariado **en desarrollo del RD 1426/1989**, prevén que: 1º, la declaración de obra nueva –terminada o en construcción- da lugar a una base por el valor total invertido en la terminada o por invertir en la proyectada; 2º, la división horizontal, por la constitución de esta propiedad horizontal genera otra base por el valor total de la finca, incluido el solar, semejante a cualquier división material de finca que produce una base por el valor total de la finca que se divide; y 3º existiendo disolución de comunidad sobre la finca, ésta es concepto minutable distinto, con tantas bases como adjudicaciones. **Y se contempla específicamente la CV en dichas Normas:** en el supuesto de “construcción y adjudicación de pisos o locales, además de la base de la constitución –de la propiedad horizontal-, **habrá tantas bases como adjudicaciones se realicen a cada propietario**. Y ello con independencia de cómo se formalice: disolución de comunidad, *construcción ab initio*, etc”. Lo

que coincide con las Normas Generales de aplicación del arancel del Anexo II del citado Real Decreto: la 4ª establece que para la determinación de los conceptos que contengan los documentos autorizados, se atenderá a las normas sustantivas y a las fiscales; ya vimos que desde el punto de vista tributario, en caso de división horizontal simultánea a la disolución de comunidad, la primera no devenga AJD pero siempre lo hace la segunda; y desde la perspectiva sustantiva, la CV siempre entraña, aunque se omita decirlo, una disolución de comunidad si hay posthorizontalidad y una modalización de la comunidad en caso de prehorizontalidad.

Pues bien, en la práctica diaria, los notarios, cuando autorizamos una escritura de CV, nos vemos presionados para no minutar por la disolución de comunidad tantas bases como adjudicaciones. La presión proviene tanto a los clientes otorgantes como del hecho de que otros compañeros de la zona, al parecer, no minutan por dicha disolución haciéndolo tan sólo por la obra nueva y la división horizontal, aprovechando que son los dos únicos AJD explícitos en la escritura (la disolución de comunidad se omite, como si no existiera). Es muy probable que dichos compañeros notarios no actúen de mala fe sino ignorando la citada norma complementaria relativa a la construcción *ab initio*, pero lo cierto es que la norma general 5ª de aplicación del Arancel (Anexo II antedicho) prescribe que "el notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados por cualquier acto o contrato, pero no tendrá la facultad de hacer dispensas parciales. Tampoco podrá dispensar totalmente los derechos correspondientes a un acto" –léase el acto de la disolución o modalización de comunidad, que se da en toda CV- "conexos o económicamente relacionados con otros" –léase la declaración de obra nueva y la división horizontal- "otorgados por el mismo sujeto respecto de los cuales no conceda la misma dispensa" –total-. En la misma línea, el Código Deontológico de los notarios aprobado por el Pleno del Consejo General del Notariado de 26 de abril de 2014, en el capítulo V sobre la aplicación del arancel, prevé que será conducta reprobable la dispensa parcial de los derechos arancelarios, cuando tratándose de documentos que instrumenten actos conexos, se dispensen los derechos arancelarios de alguno o alguno de ellos. Esta norma deontológica carece de fuerza coercitiva por cuanto que el CGN no ha ordenado su observancia mediante Circular de obligado cumplimiento aprobada por



la DGRN, como tampoco se ha incorporado explícitamente aún al régimen legal disciplinario. Si bien, la norma 5ª –la prohibición de la dispensa de acto conexo- sí que obliga y el artículo 43.dos A g de la Ley 14/2000 (el régimen legal disciplinario notarial) considera infracción muy grave la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rigen, sancionándose (art. 43.dos cuatro de la misma Ley) con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio.

10) El arancel registral:

Entre la opción de la CV y la opción de la no CV (disolución-modalización de la comunidad), entre omitir o explicitar la alteración de la comunidad, hemos visto que hay empate no sólo desde el punto de vista fiscal sino también desde el arancelario notarial. Sin embargo, el arancel registral no parece que deje las cosas en tablas sino que privilegia a la CV: en caso de obra nueva, disolución de comunidad y división horizontal, hay una base por el valor de lo edificado por la obra, tantas bases como adjudicaciones por la disolución y una base por la constitución de la propiedad horizontal (por el valor de suelo más vuelo) y tantas bases como departamentos privativos resultantes de la división (por el valor de cada elemento pero con reducción). En cambio, en caso de obra nueva, CV y división horizontal, no se minuta por tantas bases como adjudicaciones por la CV. De suerte que todavía puede seguir siendo de interés pe-

cuniario de los otorgantes la elusión que supone la CV (optar por ésta), si bien sólo es admisible, a mi juicio, en caso de edificio proyectado (prehorizontalidad), pues en la posthorizontalidad, como ya he señalado, no cabe cerrar los ojos a la disolución de comunidad que, en toda regla, se produce cuando se otorga la escritura, ello aunque le sea algo más caro (no demasiado) a los clientes por mor del arancel registral.

Por último, vemos tres aspectos más relativos a la CV:

11) El tracto sucesivo:

Tanto en la CV prehorizontal (la propia) como en la CV posthorizontal (la impropia), el tracto sucesivo se resiente porque se produce un salto mágico: de una edificación de dos o más viviendas cuya obra se declara o está ya de antes declarada, se pasa directamente por una división horizontal a dos o más viviendas ahora independientes cada una de las cuales no pertenece sin embargo, a los mismos condueños del edificio sino a uno solo de ellos, y ello por virtud de una estipulación o negocio jurídico que no causa asiento propio pero sí que debería recogerse, cuando menos, en tracto abreviado en la inscripción de cada vivienda, con la consiguiente calificación registral de dicho pacto de CV. El tracto sucesivo, en definitiva, debe aplicarse no sólo respecto de las titularidades registrales (encadenamiento de éstas) sino también respecto de los títulos causantes de dichas titularidades.



12) La inmatriculación por la vía del art. 205 de la Ley Hipotecaria:

En Resolución de 12 de mayo de 2016, la DGRN revitaliza la CV, reconociéndole la eficacia inmatriculadora del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, lo que extraña tratándose –la escritura de obra nueva y división horizontal en comunidad valenciana- de dos AJD no traslativos de derechos, y resulta que el único AJD realmente traslativo, que es la disolución de comunidad, se omite. Esto es, estamos ante un título público traslativo fantasma, incorpóreo y sin embargo, eficaz al efecto intabulador. Se trata de la **Resolución 5509 de 12-5-2016 de la DGRN**, que contempla una CV y en la que se sienta la doctrina de que los cambios de objeto sirven igual que los cambios de sujeto a tal efecto.

Esta posición parece chocar con la de la R de la misma fecha! nº 5510 de la propia DGRN, en un caso de dos escrituras, una de compraventa y la siguiente de dación en pago. Y es que, como señala la segunda, entre los requisitos exigidos por el nuevo artículo 205 (desde el 1 de noviembre de 2015, por Ley 13/2015) está el de que “exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto”. Por tanto, añade la DG, han de concurrir simultáneamente dos exigencias de identidad descriptiva: la

primera, entre el título inmatriculador y el título adquisitivo previo; y la segunda, entre dicho título inmatriculador y la certificación catastral, pero con la particularidad de que para el primer supuesto, la ley exige “identidad a juicio del registrador”, mientras que, en cambio, para el segundo, exige “identidad...en todo caso”, lo que induce a interpretar que el grado de identidad exigible no es exactamente el mismo en ambos supuestos. En el primero, la ley está otorgando al registrador cierto margen de apreciación, o, lo que es lo mismo, cierta flexibilidad, a la hora calificar la identidad, en la apreciación de la misma. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de dicha identidad no puede limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado, como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la ley, o que, al menos, tiene dudas fundadas sobre ella. En el caso de dicha segunda R., la nota se limitó a constatar que había una diferencia de cabida entre los 5.287 m2 del primer título y los 4.889 m2 del segundo, pero sin emitir la registradora ningún juicio o apreciación fundada sobre la existencia de dudas en cuanto a la identidad de la finca entre ambos títulos, por lo que el defecto no fue confirmado. Por lo demás, la identidad de la finca entre el título inmatriculador y el Catastro –al tiempo en que lo consulta el registrador en su calificación, que no al tiempo de la escritura, lo que es escandalosamente contrario a la más elemental se-

guridad jurídica preventiva- tampoco ha de ser plena, según la segunda R. (en línea con la R 5-5-2016), pues, aunque ha de serlo en cuanto a la ubicación y la delimitación geográfica perimetral de la finca, no ha de serlo necesariamente en cuanto a los elementos físicos, tales como las edificaciones, ubicados en el interior de ella, ni tampoco a la identidad del titular catastral, ni a los colindantes catastrales, ni a los datos alfanuméricos de la referencia catastral, mientras no varíen los vértices georreferenciados.

(...) por muy amplio que sea el margen de apreciación concedido por el legislador al registrador, lo cierto es que en el caso de la primera R. de 12-5-2016, la flexibilidad del registrador y de la DG llega a ser tan absoluta que se dice sin rubor que un huevo resulta semejante a una castaña.

Ahora bien, por muy amplio que sea el margen de apreciación concedido por el legislador al registrador, lo cierto es que **en el caso de la primera R. de 12-5-2016, la flexibilidad del registrador y de la DG llega a ser tan absoluta que se dice sin rubor que un huevo resulta semejante a una castaña**. A saber, en una sola escritura pública los comuneros de la finca no inmatriculada –de 123 m2, que han adquirido por varias herencias que se instrumentan parece que en esa única escritura- la agrupan a otra finca –de 400 m2 y que está inscrita-, declaran la obra nueva de una edificación de cuatro viviendas unifamiliares que todos los conductores manifiestan que construyeron no en régimen de comunidad ordinaria sino “ab initio” sufragando cada propietario exclusivamente la obra de su propiedad (una vivienda unifamiliar) y todos conjuntamente en la debida proporción la obra de los elementos comunes; y constituyen la propiedad horizontal de las cuatro viviendas del conjunto (parece que en división horizontal tumbada) con las adjudicaciones correspondientes. El registrador en su calificación suspende la inscripción “por ser necesario, para inmatricular el solar de 123 m2, un título traslativo, sin que pueda estimarse como tal la adjudicación derivada de la construcción en régimen de comunidad valenciana” **citando el nuevo art. 205 LH redactado por Ley 13/2015**. La DG entiende que los dos “títulos” que pide



el art. 205, el íter que éste exige, se dan en el caso enjuiciado, pero no queda muy claro cuáles exactamente sean para la DG ambos títulos. Dice que "la mutación de la comunidad ordinaria en una comunidad valenciana y ésta a su vez en una propiedad horizontal supone una extinción de aquéllas para dar lugar a ésta" y que "la mutación real que se produce desde la comunidad valenciana a una propiedad horizontal" "tiene, a efectos de la inmatriculación, la misma aptitud inmatriculadora" que "la extinción de la comunidad ordinaria" admitida por la propia DG pej en R 19 mayo 2011. Es decir, que para la DG aparentemente los dos títulos traslativos o adquisitivos del 205 no son en este caso la adquisición hereditaria y la adjudicación de viviendas concretas que termina con la comunidad –que son a mi juicio las verdaderas traslaciones- sino que lo son el pacto de comunidad valenciana –la modificación del condominio- y la división horizontal –que no supone en absoluto cambio de sujeto, pensemos en un solar de un solo dueño que declara obra de dos pisos y la divide horizontalmente: no hay traslación alguna sino sólo dos actos de riguroso dominio no adquisitivos de derechos, nunca inmatriculadores del 205-. El caso es que la DG admite pulpo como animal de compañía al decir que "ciertamente el artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige título traslativo y es verdad que la forma más simple de acreditar una adquisición es la de la traslación del derecho real de un titular a otro, esto es, la del cambio de sujeto. Pero también ha de serlo la del cambio de objeto cuando es extintiva del derecho anterior porque recae sobre objeto distinto. Entender otra cosa en el ámbito de los derechos reales, de los derechos sobre cosas, supone desatender a la naturaleza propia de los mismos y al fundamento mismo del proceso inmatriculador".

A mi juicio, en cambio, esta doctrina –el cambio de objeto sirve para inmatricular- desatiende la que ha sostenido de siempre la DG –la obra nueva y las modificaciones de fincas hipotecarias no valen para el 205- y va contra, como señalé al hablar de la R. 5510 de 12-5-2016, la literal exigencia del 205 de que "exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada el efecto". La calificación habría de haber sido negativa pero no por el defecto de que la CV no sirve (sí que sirve si

es que la extinción de condominio sirve) sino por la falta evidente de identidad de la finca a inscribir entre los dos títulos y entre éstos y el Catastro: y es que si lo que se pretende por la DG que se inmatriculen son cada una de las cuatro viviendas unifamiliares, aunque cada una tenga una referencia catastral y coincida su descripción con la catastral, lo cierto es que no hay dos traslaciones de la propiedad de cada vivienda. Hay tres cambios de objeto que lo impiden: 1º, la parcela no inscrita de 123 m2 pasa a ser parcela de 523 m2 por obra de la agrupación con otra inscrita de 400 m2; 2º, de parcela de 523 m2 se pasa a parcela con cuatro viviendas unifamiliares por razón de la obra nueva, aunque ya vimos que los elementos físicos del inmueble como sus edificaciones no desvirtúan la identidad esencial de la finca a juicio del registrador; y 3º, de una sola finca edificada a cuatro por mor de la división horizontal (tumbada). Una cosa es que la identidad de la finca entre los dos títulos no haya de ser exacta sino esencial a juicio discrecional del registrador (caben pequeñas diferencias descriptivas), a diferencia de la identidad de la finca del 2º título y la catastral que sí ha de ser exacta y otra muy distinta es que pueda cambiar radicalmente la finca de modo que no se parezca casi en absoluto la que es objeto de cada uno de los dos títulos traslativos sucesivos.

En el caso de las extinción de comunidad con división y reparto de la cosa (...), el objeto transmitido dos veces sucesivas en títulos públicos es cada cosa menor, por lo que sólo ésta sería inmatriculable si no fuera por la absoluta falta de identidad de dicha finca respecto de la cosa mayor de origen.

Por lo demás, **pongo en duda que la extinción de condominio sin división de la cosa común (con adjudicación del 100% de la cosa a uno de los condueños) tenga aptitud inmatriculadora del 205.** Pensemos en una comunidad en que A tiene el 99,9% indiviso y B el 0,1% restante (sólo tiene una milésima de la propiedad) de una finca no inscrita, porciones que ambos adquirieron hace más de un año por herencia formalizada en escritura pública. Si en una nueva escritura B le vende a A su milésima indivisa, sólo la milésima sería inscribible vía 205 (sólo respecto de la mis-

ma habría doble título). Pero si los condueños son astutos y llaman a las cosas de otro modo –del modo adecuado- parece que conseguirá A inmatricular el 100%, bastando con hacerlo como extinción de condominio, la DG admitirá dicha intabulación del 100% o del mil por mil según se mire, lo que parece excesivo y defraudatorio del fin legal del 205. Lo suyo sería que ya se haga como venta ya como disolución de comunidad, sólo cupiera inscribir la porción indivisa objeto de un doble cambio de titularidad, dejando fuera del registro la porción del adquirente que sólo experimenta una única traslación de titularidad en documentación pública.

En el caso de la extinción de comunidad con división-y-reparto de la cosa –haciendo de ésta varias cosas menores, como se da siempre en la CV-, el objeto transmitido dos veces sucesivas en títulos públicos es cada cosa menor, por lo que sólo ésta sería inmatriculable si no fuera por la absoluta falta de identidad de dicha finca respecto de la cosa mayor de origen. Por ello, **contra la DG sostengo que la CV –como la extinción de condominio con división de la cosa- nunca debería tener aptitud inmatriculadora.**

13) El seguro decenal:

Como puse de relieve en mi artículo –perdonen la autocita- **"La verticalidad de varias viviendas no importa: la exención del seguro decenal"** publicado en la revista **"El Notario del Siglo XXI"** de noviembre-diciembre de 2007 (nº 16), comentando la Resolución de 9 de mayo de 2007 de la DGRN, ésta desafortunadamente se refería a la "comunidad valenciana" pese a no darse en el caso: la escritura en cuestión era de declaración de obra nueva, división horizontal y disolución de comunidad, sin escamotear ésta (se lo dice el notario autor de dicho instrumento público). En mi opinión, **la CV no son palabras mágicas con las que cabe eximir siempre del seguro decenal sino que, si se da el supuesto de la antes citada disposición adicional segunda de la Ley de la edificación (el autopromotor de una única vivienda unifamiliar que vaya a usar para sí) procede la exención,** ya se trata de división horizontal tumbada o vertical, ya se omita la disolución/modalización (CV post/prehorizontal), ya se expliciten, y **si no se da el supuesto, habrá de contratarse el seguro, cualquiera que sea la modalidad empleada.**

Sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. La compraventa (II)



Antonio Longo Martínez
Notario de Barcelona

En continuación del artículo publicado en la edición anterior, reproducimos la segunda parte de los artículos publicados en el Boletín Jurídico del Colegio Notarial de Cataluña que repasan brevemente las principales novedades en el ámbito de la compraventa recogidos en el Libro VI del Código Civil de Cataluña.

IV. LA COMPRAVENTA. ESPECIALIDADES DE LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES

Las especialidades propias de la compraventa de inmuebles se desarrollan en una Subsección especial (**arts. 621-49 a 621-54**). Incluimos sin embargo en estos comentarios una breve referencia a las arras (**art. 621-8**), por su mayoritaria aplicabilidad en el ámbito inmobiliario.

A. LAS ARRAS

La regulación de las arras parte de una regla general que determina que las mis-

mas son **confirmatorias** de la existencia de un contrato de compraventa, vinculante para las partes, sin perjuicio de que habitualmente la propiedad no se habrá transmitido todavía, pues faltará la tradición. Si se pretende dar a las arras carácter **penitencial**, se ha de pactar así expresamente, lo que provocará una debilitación de ese carácter vinculante, al introducir la facultad de desistimiento. Es en este caso en el que aparecen las novedades más interesantes respecto de la configuración clásica de la materia: la primera, la no pérdida de las arras por el comprador en el supuesto del art. 621-49, al que nos referiremos a continuación; la segunda, la posibilidad de constancia registral prevista en el número 3 del art. 621-8, que robustece la posición del comprador, permitiendo que, depositadas ante notario –supuesto que ciertamente no requiere una específica previsión legal– se garantice a aquél, por vía de la afección que se regula, su derecho a la devolución. Habrá que entender que dicha afección se extiende al duplo de lo entrega-

do, pues de otro modo resultaría innecesaria una garantía adicional a la que el mismo depósito notarial ya ofrece.

Entendemos que la eficacia práctica de esta regulación vendrá dada por el tratamiento fiscal que se le dé, y en cierto modo también por la suficiencia o no del plazo de sesenta días –que ya hay quien ha considerado demasiado corto– para obtener la anotación de demanda que impida la extinción de la afección.

B. LA PREVISIÓN DE FINANCIACIÓN POR TERCERO

Se regula en el **art. 621-49**, y tiene como **objeto** proteger al comprador que tiene intención de obtener para el pago del precio (directamente o por subrogación en la posición deudora del vendedor) una financiación bancaria que finalmente no consigue, permitiéndole desistir de la compra y evitando de ese modo lo que aparecería co-

mo un supuesto de enriquecimiento injusto del vendedor. En el proyecto de ley bastaba la mera constancia en el contrato de la pretensión del comprador para atribuir al mismo en estos casos la facultad de desistir; el texto definitivo exige sin embargo que no exista pacto en contrario, lo que hace temer fundamentadamente por la eficacia última de la norma.

La facultad de desistimiento del comprador está por lo demás sujeta a una serie de **requisitos**: deberá acreditar documentalmentelmente la negativa de la entidad de crédito, lo que obligará por tanto a precisar en el contrato las condiciones de la financiación que se va a solicitar y la entidad o entidades de las que se pretende obtener la misma; deberá hacerlo en el plazo pactado -sin que exista determinación legal por defecto-; y habrá de tratarse de una negativa que no traiga causa de la negligencia del propio comprador, que hay que entender que se daría cuando se pruebe que no ha gestionado debidamente la solicitud.

Sus **efectos** son los propios de la resolución, que obliga a las partes a restituir lo entregado (incluidas aquí las arras penitenciales, de haberlas). Conviene no olvidar en este punto la regla de cierre: "sin perjuicio de lo establecido en la legislación hipotecaria", puesto que si hubiere habido escritura e inscripción -piénsese en la venta con subrogación hipotecaria aún no consentida por la entidad de crédito- y existen terceros, el desistimiento del comprador parece que no va a perjudicar a estos.

C. COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN O REHABILITACIÓN COMPARATIVA CON LA CESIÓN O PERMUTA DE CUOTA DE FINCA POR OBRA FUTURA

Con un contenido paralelo al de la cesión de cuota por obra futura regulada en la Ley 23/2001, mediante esta figura se incrementa la protección del comprador "sobre plano", entendiendol que en tal supuesto caben dos alternativas: la "clásica" venta del inmueble como cosa futura, en la que el comprador no adquiere todavía un derecho real, pero también la venta de presente, en la que sí lo adquiere, posibilidad esta que ya tiene una primera referencia legal en el art. 553-8, más claramente después de la reforma operada en el mismo por la Ley 5/2015. Alternativa similar, pues, a la que en el con-



trato de cesión de finca por obra futura existe entre la cesión de la totalidad de la finca y la cesión de una cuota sobre la misma, existiendo en esta última "ab initio" un derecho real inscribible, que por accesión da lugar a la propiedad de lo que se construye.

El esquema regulatorio (**arts. 621-51 a 621-53**) implica un pacto expreso, con descripciones de los inmuebles, y fijación de cuotas, ajustadas a la normativa sobre Propiedad Horizontal, pero sin que sea necesaria la constitución actual de dicho tipo de comunidad, tal como en relación al art. 1 de la Ley 23/2001 ya señaló la Resolución DG-DIEJ 20-2-2008. En la **comunidad especial** que resulta de dicho pacto, el comprador tiene una cuota equivalente a la que tendrá su piso o local en la propiedad horizontal, cuota que da lugar, una vez finalizadas las obras, a la propiedad separada sobre dicho piso o local, quedando excluidos desde el primer momento la acción de división y los derechos de adquisición preferente.

Se trata por tanto de una incorporación al contrato de compraventa de la doctrina de la DGRN desarrollada a partir de la conocida Resolución de 18 de abril de 1988 y reiterada en numerosas resoluciones posteriores. Doctrina que, como es sabido, tuvo un efímero reflejo legal en el art. 13 RH, anulado por la STS de 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo) por razones de jerarquía normativa, y que como decíamos coincide en lo sustancial con la re-

gulación de cesión de cuota por obra futura de la Ley catalana 23/2001.

Sin embargo, ese paralelismo, que el Proyecto recogía al trasladar -mejorándola- la regulación legal de la cesión de cuota por obra futura, ha quedado extremadamente difuminado en la redacción definitiva contenida en el Libro Sexto. Así, donde el artículo 2.b de la ley hablaba -y habla- de "una situación de comunidad", sobre la que el **art. 621-59** del Proyecto añadía "que se rige por lo establecido en el art. 621-53", el texto final de dicho artículo señala ahora que la misma **"se rige por lo que establece el Libro Quinto"**. Y mientras el Proyecto aclaraba el artículo 5 de la ley en relación a la adquisición por el cedente del piso o local, señalando que esta **"tiene lugar a medida que la obra se completa"**, nos encontramos con que la redacción final del **art. 621-62** parece totalmente contraria a esta idea, al indicar que **"la adquisición de las viviendas, de los locales o de las demás edificaciones que correspondan al cedente tiene lugar una vez finalizada la obra"**.

Habrà que esforzarse para entender y argumentar que el Código no se posiciona ahora en contra de lo previsto en la Ley 23/2001 y en el Proyecto, configurando la cuota reservada por el cedente como integrante de una comunidad indivisa ordinaria, entre otras razones por la falta de lógica que se supondría atribuir al propietario de cuota sobre el solar una situación jurídica



absolutamente diferente en función de que dicha cuota le pertenezca por compra al promotor, o por haberla retenido al ceder al mismo el resto. Pero lo cierto es que a pesar de ese ejercicio de voluntarismo para interpretar el texto definitivo, el paralelismo pretendido no va a ser total, y habrá ciertas diferencias, para pretender salvar las cuales se hará necesaria una cuidadosa regulación en el contrato.

D. EL PACTO RESOLUTORIO O DE CONDICIÓN RESOLUTORIA

El **art. 621-54** contiene una novedosa regulación del pacto resolutorio que busca superar los obstáculos planteados por la doctrina jurisprudencial y registral, mediante canalizar la voluntad de los contratantes de manera que su ejercicio no pueda resultar abusivo para los intereses de ninguna de las partes, ni lesivo para los terceros.

1. El pacto resolutorio no inscrito

El pacto resolutorio no requiere escritura pública ni inscripción registral, si bien su eficacia real, que lo hace oponible a terceros de buena fe, desaparece si los mismos han inscrito su derecho y el pacto resolutorio no lo está. Los requisitos del pacto no inscrito se limitan a un requerimiento previo, en una línea similar, que no idéntica, a la regulación del artículo 1504 CCE.

Ante las posiciones jurisprudenciales que por un lado han llegado a señalar la no

obligación del vendedor de efectuar un requerimiento de pago al comprador incumplidor, bastando la notificación resolutoria, pero por otro han considerado que no todo retraso permite considerar ajustado el procedimiento resolutorio, el del **número 1** del artículo 621-54 es un auténtico **requerimiento** de pago, que incorpora al tiempo la advertencia por virtud de la cual la actuación del vendedor -como el "acto complejo" al que hace referencia la jurisprudencia- tiene efectos de notificación resolutoria, produciéndose la resolución si transcurrido dicho plazo sigue sin efectuarse el pago.

2. El pacto resolutorio inscrito

En el Proyecto de ley, el número 1 del artículo no se aplicaba cuando el pacto resolutorio se había estipulado en escritura e inscrito en el Registro. El procedimiento notarial ya garantiza que a la notificación resolutoria del vendedor podía el comprador oponer el pago posterior. Del redactado final, por contra, resulta que el comprador va a tener dos oportunidades para evitar la resolución, una previa y otra ínsita en dicho procedimiento.

El **número 2** impone unos **requisitos** al pacto resolutorio inscribible, en referencia al mínimo impagado y a la imposición, en caso de devengo de intereses y/o existencia de cláusula penal, de determinadas condiciones o límites para su admisibilidad.

El **número 3** regula el **procedimiento resolutorio**, que incluye la petición de certificación al Registro de la Propiedad y la notificación resolutoria. Practicada ésta, se produce la resolución "ipso iure" propia de la clásica condición resolutoria, aunque el comprador va a poder oponerse a la misma y paralizar el procedimiento, bien pagando lo reclamado (oposición impropia), bien alegando el pago (salvo determinada -y no siempre operativa- intervención notarial en el mismo) o cualquier otra causa de oposición prevista en el contrato (por ejemplo, el incumplimiento por el vendedor de alguna prestación adicional). Si no existe oposición, o esta solo lo es a la liquidación practicada, sin negar el incumplimiento, se habrán cumplido los requisitos de los arts. 11 LH y 59 RH, y por tanto el acta notarial constituirá título para la inscripción del dominio a nombre del vendedor y cancelación de la condición resolutoria y cargas posteriores a la misma (salvo las que se refieran a la vigencia de la propia condición resolutoria).

La reinscripción a nombre del vendedor conlleva no obstante, y esta quizá sea la particularidad más interesante de la norma, la **afección real de la finca, en garantía de comprador y terceros, por las cantidades entregadas por el primero.**

La reinscripción a nombre del vendedor conlleva no obstante, y esta quizá sea la particularidad más interesante de la norma, la **afección real** de la finca, en garantía de comprador y terceros, por las cantidades entregadas por el primero. Dicha garantía, regulada en el **número 4**, debe sustituir a la consignación de tales cantidades por el vendedor, que con argumentos más que discutibles viene exigiendo la DGRN, y que constituye en la práctica un obstáculo casi insalvable para la eficacia práctica de la figura.

Del **número 5** de la norma resultan las distintas situaciones que pueden darse **una vez practicada la inscripción** con la citada afección real:

1. Si no existe controversia entre vendedor de una parte y comprador y/o terceros



de otra sobre la cantidad a restituir, el vendedor podrá:

- Intentar obtener su consentimiento para la cancelación de la afección;
- Consignar la cantidad garantizada con la afección, para lo cual lógicamente va ahora a contar con la posibilidad de negociar con el valor de la finca;
- Esperar a que caduque la afección, a los 180 días.

2. Si el deudor se opone a la liquidación, o hay terceros que pretenden derechos sobre la cantidad a restituir, podrán uno u otros interponer la correspondiente demanda y solicitar la anotación registral de la misma, que impedirá la caducidad. En este caso, solo la citada consignación, o en último término la resolución judicial o laudo arbitral, permitirán la cancelación de la afección.

Existen, además de las ya indicadas, algunas otras diferencias entre el texto definitivo y el que se contenía en el Proyecto, que creo merecen ser comentadas. Así, **en relación al domicilio para efectuar el notario la notificación resolutoria**, el Proyecto se refería al “*que conste en el Registro según la certificación*”, añadiéndose y anteponiéndose en la redacción definitiva la referencia al “*que haya designado el comprador*”, sin confirmar, dada la conjunción disyuntiva utilizada, si se trata de una indicación de preferencia o prioridad, o una alternativa. La notificación, especifica el artículo ahora, debe ser personal, y “*si no puede notificarse personalmente, debe practicarse de acuerdo con lo establecido por la ley*”, en lo que, quizá, deba entenderse como una remisión a la legislación notarial, concretamente al Reglamento. Se ha suprimido, en cambio, la previsión que el Proyecto hacía del supuesto en el que no conste –en el Proyecto se refería al Registro– el domicilio de los titulares, caso en el cual la notificación se practicaría por edictos en uno de los diarios de mayor difusión en el lugar de ubicación de la finca.

Particular importancia tiene a mi juicio la **modificación relativa al importe de la afección**. En el Proyecto esta quedaba determinada de modo objetivo: la cantidad total que, de acuerdo con el contrato, habría debido percibir el vendedor hasta la fecha de la resolución. El inconvenien-



te de extender la afección a una cantidad que –en la casi totalidad de los casos– iba a ser superior a la efectivamente percibida, se compensaba con la imposibilidad de influir en el importe de la afección, cuestión de importancia al ser esta también garantía de terceros. Al mismo tiempo, la constancia que el acta debe hacer de tal importe limitaba la labor del notario a la comprobación del contenido del contrato; ahora, por el contrario, y a menos que se utilice ese sistema, también introducido en la tramitación parlamentaria, de intervención notarial en los pagos, el notario se puede encontrar con la enorme dificultad, cuando no imposibilidad, de determinar tal importe si según el vendedor la cantidad percibida es una y según el comprador otra.

E) LA INDICACIÓN DE LA SUPERFICIE DEL INMUEBLE

Con una redacción probablemente mejorable, el **art. 621-50** sienta, para los supuestos de diferencia de superficie entre contrato y realidad, el siguiente esquema:

- como **regla general (número 1)**, dicha diferencia no puede considerarse un defecto de conformidad, por cuanto la referencia a la superficie en el contrato “es indicativa”, es decir, no supone una especificación de las características del inmueble.

- Las **excepciones** a esta regla general, dándose las cuales la superficie sí pasa a

constituir requisito de conformidad, serían, según el mismo número 1:

- a) el pacto en contrario;
 - b) que la discordancia supere, en más o en menos, el 10 % de la superficie hecha constar;
 - c) que tal superficie constituya un requisito para el uso específico previsto en el contrato, o para aquél a que habitualmente se destinen los inmuebles de dichas características.
- Existiendo por último unas **reglas específicas** para los supuestos de ventas como “cuerpo cierto” y por “unidad de medida”:

a) En las primeras, se da, según el **número 3**, una “contraexcepción” (a modo de pacto implícito) en virtud de la cual no hay falta de conformidad, aún dándose alguna de las excepciones a la regla general previstas en el número 1, es decir, aún siendo la diferencia superior al 10%, o constituyendo la superficie requisito para el uso previsto o habitual de la finca, “siempre y cuando sea patente e inequívoca la intención de las partes de haber concluido el contrato en cualquier caso”.

b) En las segundas, el **número 2** dispone que, pese a que según la regla general la diferencia en menos del 10% no constituye defecto de conformidad, se deberá ajustar el precio a la diferencia existente.

El voto por correo electrónico en las juntas de sociedades limitadas



Juan Antonio Andújar Hurtado
Notario de Barcelona

El uso de las nuevas tecnologías ha revolucionado en pocos años nuestro entorno cotidiano, y resulta hoy posible, con un Smartphone en la mano, realizar una transferencia bancaria, comprar acciones en cualquier Bolsa del mundo, realizar compras a cualquier hora a través de las App de las tiendas virtuales más famosas, reservar una habitación de hotel o comprar un vuelo a cualquier parte del mundo.

Siendo esto así, resulta chocante para muchos ciudadanos que acuden a los despachos notariales para constituir una sociedad (limitada en el 95% de los casos), **el rigor con el que aparentemente la Ley de Sociedades de Capital regula el proceso de constitución de las Juntas de las sociedades mercantiles y en su caso la emisión y constancia del voto en dichas Juntas.**

Recordemos en ese sentido que **la asistencia y voto por medios telemáticos sólo está admitida en las sociedades anónimas que tengan habilitadas tales medios, y**

“siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto” (artículo 189.2 Ley de Sociedades de Capital).

A primera vista, puede pensarse que la importancia de las materias a tratar, debatir y votar en la junta de una sociedad mercantil son de suficiente importancia como para rodear el proceso de creación de la voluntad social de suficientes garantías como para evitar fraudes e impugnaciones futuras.

Pero debe admitirse que igual o más importante que asistir a la Junta de una sociedad pueden ser las consecuencias económicas de comprar acciones de Bolsa o confirmar una transacción monetaria –en las que, en efecto, también hay que pasar por una identificación de acceso, pero que no asegura de manera fehaciente la identidad del sujeto–; y por otra parte, no debe olvidarse que una gran parte de las sociedades mercantiles de este país son sociedades

de pocos socios, creadas para la gestión de un negocio de resultado incierto, en las cuales tras la primera fase de lanzamiento del negocio y las primeras rondas de ampliación de capital, los inversores y por tanto socios, suelen ser un grupo más o menos amplio de gente, constituido por familiares y amigos de los fundadores del negocio junto a algún loco que pasaba por ahí y se decidió a invertir (las famosas tres “F” que constituyen los “Family, Friends and Fools”).

Hasta verificar el posible éxito del proyecto empresarial que justificó la creación (y en su caso ampliación) **de la empresa**, lo cierto es que **la mayoría de las sociedades se encuentran con un núcleo de socios más activo e involucrado en la gestión del proyecto empresarial** (habitualmente los fundadores), **y luego con un segundo o tercer círculo de socios únicamente inversores**, mucho más desconectados de la gestión social y a quienes sólo les interesa que el nego-



cio vaya bien y quizás algún día ver un retorno de su inversión.

Con esa radiografía societaria, **la convocatoria de Juntas y la asistencia y voto a las mismas, resulta compleja e incluso costosa con los medios admitidos tradicionalmente en nuestro derecho societario**. A poco que la Junta cuente con 10 o más socios, el solo envío de correos certificados o burofaxes con certificado de acuse de recepción, o el coste que para la empresa supone enviar documentación social o contable relevante para los puntos del Orden del Día a debatir, puede ser un coste importante. Por no hablar de que en ocasiones, tras la primera carta enviada con un determinado Orden del Día, resulta luego preciso hacer algún complemento de los puntos a debatir y resulta necesario volver a convocar las Juntas y volver a reunir los votos necesarios. Por no hablar del coste que para los socios que viven lejos del domicilio social puede suponer el reunirse en algún lugar de la población del domicilio social.

Es cierto que **ya existe en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) la posibilidad para las sociedades de crear una web corporativa para realizar publicaciones de relevancia societaria, convocar Juntas, y realizar a través de ella comunicaciones electrónicas con los socios (artículos 11 bis a quáter LSC)**, pero la creación, alojamiento y mantenimiento de una web social, tampoco resulta barato y pocas empresas se deciden a crearla y realizar a través de ella sus comunicaciones sociales.

En cuanto al voto a distancia, **sólo en la sociedad anónima se prevé la posibilidad de que, si los estatutos así lo admiten, se pueda asistir y votar por medios telemáticos en las Juntas convocadas (artículo 182 LSC)**, pero siempre y cuando, como dijimos antes, se garantice debidamente la identidad del accionista. Posibilidad de voto telemático que no resulta admitida, de momento, en las sociedades limitadas, que, como dijimos al inicio, representan el 95%% de las sociedades existentes en nuestro país.

Por todo ello, resulta relevante la **Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 de abril de 2017**, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de mayo la cual ha venido a admitir, para una sociedad de responsabilidad limitada, que, siempre que los estatutos de la sociedad así lo admitan, se pueda aceptar la celebración de una junta y la emisión de votos de socios, siempre que procedan de una cuenta de co-

reo electrónico previamente notificada a la sociedad, incluso sin firma electrónica, y por tanto sin una garantía especial en cuanto a la identidad del socio que emite su voto desde dicha cuenta de correo electrónico.

En el caso concreto que resuelve esa Resolución, en el artículo 20 de unos estatutos sociales, se regulaba la emisión del voto en las juntas generales, bien por medios físicos o telemáticos, y en su apartado tercero se expresaba lo siguiente: «(...) También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. **No obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica (...)**». Y en el párrafo 7 del artículo 27, relativo a las sesiones del consejo de administración, se indicaba lo siguiente: «(...) También será válido el voto ejercitado por el consejero por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. **No obstante, el Consejo podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica**».

En cuanto al voto a distancia, sólo en la sociedad anónima se prevé la posibilidad de que, si los estatutos así lo admiten, se pueda asistir y votar por medios telemáticos en las Juntas convocadas.

El registrador consideraba que, conforme al artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital ya citado, y por analogía con el artículo 521 de la misma, la emisión de voto por cualquier medio de comunicación a distancia se podía efectuar siempre que se garantizase debidamente la identidad del sujeto que ejercía su voto, por lo que no cabía admitir el párrafo según el cual «no obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica».

A juicio de la Dirección General, sería excesivo vedar a los fundadores que formulan los estatutos sociales la posibilidad de regular el voto a distancia, limitando de este modo la libertad dispositiva de los fundadores al instituir las reglas de funcionamiento social en unos estatutos en los que, por lo demás, se había añadido la prevención (in-ciso final del apartado cuestionado, por lo

que se refiere a la junta general) de que, en tales casos, el voto habría de recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la junta, algo que sin duda permitiría, llegado el caso, poder desplegar medidas de prudente control con una antelación suficiente por parte de la junta, así como también por parte del posible Consejo de Administración.

En esa Resolución, por tanto, la Dirección General considera excesivo limitar «ex ante» el ámbito de actuación de tales órganos prefijando de forma inexorable cómo pueden realizar ese control de la identidad del socio que emite su voto desde su cuenta de correo electrónico.

Siempre habrá argumentos para ser crítico con ese criterio de la Dirección General respecto a esa laxitud en el control de identidad del socio que asiste y ejerce su derecho de voto por correo electrónico, pero nos parece que, **más que laxitud, se trata de un criterio favorable para facilitar a las personas y a las empresas, una forma ágil, cómoda y barata de poder hacer las cosas bien, convocando una junta de manera rápida cuando ello es necesario, y pudiendo los socios, aunque se encuentren lejos del domicilio social, asistir y ejercer su derecho de voto en cualquier asunto relacionado con la actividad de la empresa de la que forman parte**.

Por todo lo anterior, **resultaría interesante y conveniente comenzar a modificar los clásicos modelos de estatutos sociales** en los que la forma de convocatoria de junta se debe realizar por correo certificado o burofax con acuse de recibo, por la posibilidad de convocar junta, así como la posibilidad de asistir y emitir el voto por los socios, a través de la dirección de correo electrónico que cada socio tenga comunicado a la sociedad en cada momento, sin necesidad de firma electrónica ni probar por medios fehacientes la identidad del socio que asiste y vota.

A la postre, todos los ciudadanos –y mucho más las futuras generaciones–, tenemos más accesible nuestro buzón de entrada del correo electrónico, el cual podemos consultar mientras esperamos el autobús o tomamos un café en un bar, que el buzón físico de nuestra propia casa, donde a veces ni siquiera llega en tiempo una notificación al no poder acceder el funcionario de correos al inmueble para depositar las cartas o notificaciones (cada vez menos inmuebles tienen un portero o conserje físico), como ya está sucediendo con las notificaciones presenciales notariales, que en casos semejantes resultan infructuosas e inútiles.

Blockchain y criptomonedas



Ramón Vázquez García
Notario de Badalona

Desde su creación hace diez años, en 2008, **-Lehman Brothers**, ¿todavía nos acordamos? - el bitcoin, como paradigma de las criptomonedas, es un referente que ya va más allá de sus implicaciones, económicas, financieras o tecnológicas.

Pero ha sido, **en menos de un año**, cuando las **criptomonedas** (muy especialmente bitcoin y, a su rebufo, las *cryptocommodities* y *cryptotokens*) **han tenido unos rendimientos insólitos, ma non troppo** en la historia de los mercados, a la par que una aceptación con expectativas generalizadas. Dentro de la amplia panoplia de monedas virtuales también están: *ripple*, *ethereum*, *litecoin*, *dogecoin*...

Los bancos no se quedan atrás en esta porfía por actualizar su oferta de servicios monetarios y, por ejemplo, **Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ**, primer banco japonés y cuarto del mundo, tiene previsto lanzar ¡su propia moneda! de estas características, con el nombre de MUFG coin.

Suma y sigue, entonces.

No sabemos todavía si nos encontramos ante una revolución financiera, o se trata de una burbuja, otra más.

Hay que tener muy claro que el **fundamento ideológico de las criptomonedas** es sinónimo de **privatización radical de**

la emisión, circulación y canje de la moneda -en su concepción más convencional -, **al margen de cualquier control, intermediación, verificación, intrusión o tutela de las administraciones estatales y supranacionales**, que hasta ahora conocemos, y que respaldan activos monetarios al uso. Con una **seguridad jurídica notablemente limitada**, y como monedas numéricas con código abierto **no son mucho más, por ahora, que elementos de especulación**. (Como reflejo de esta coyuntura, bastaría señalar la valoración del bitcoin que tuvo a principios del pasado mes de Diciembre de 2017, 16.352 Euros, cayó la misma, a mediados de Enero de 2018 hasta los 8.176 Euros.)



En otro nivel de percepción, **los analistas**, cuando no ideólogos, de esta ola revisionista de parámetros contrastados, **llegan al convencimiento**, del cual quieren hacernos partícipes, **que los entornos institucionales no han seguido la evolución de la economía digital** -paradigma del progreso- **y, por tanto**, en un mundo evolutivamente digitalizado, sin solución de continuidad, **las formas e instrumentos con los que se regula y mantiene el control administrativo han de cambiar**. Necesaria y radicalmente. Por eso, **Blockchain** acude en nuestro auxilio, y promete acabar con cualquier indeseado desajuste. Faltaría más.

Como Notarios estamos obligados a informar, aconsejar y dar una salida profesional acorde con las exigencias legales y fiscales que van asociadas al documento público notarial, para aquellas personas físicas y jurídicas que, ante estas controversias y cantos de sirena, acuden a ver qué dicen y hacen los Notarios.

Esta es, precisamente, la tecnología que reside en Bitcoin, y las monedas virtuales más popularizadas. **Esta "cadena de bloques"**, como sabemos, **es un entorno abierto**, que a modo de "*Libro mayor contable*", **puede registrar transacciones entre dos partes, de manera eficiente y permanentemente verificables**. Este marco, así concebido, **puede ser programado para llevar a cabo de forma automática, por sí mismo, transacciones**.

Iansiti&Lakhani en Harvard Business Review, Enero-Febrero 2017, son clarificadamente explícitos para explicarnos la próxima Arcadia feliz que nos llega. Preparémonos, pues:

"Con Blockchain podemos imaginar un mundo en el que los contratos incorporen un código digital, sean almacenados en bases de datos transparentes y compartidas, donde se encuentren protegidos de ser borrados, manipulados y corregidos. Intermediarios, tales como abogados, brokers y banqueros dejarían de ser necesarios. Los individuos, organizaciones, ordenadores y algoritmos podrían libremente contratar e interactuar entre ellos

con escasa conflictividad. Este es el inmenso potencial de Blockchain". Aldous Huxley no se atrevió a tanto.

Qué puede hacer un Notario

Así las cosas, nos encontramos con que el **mundo virtual quiere interactuar con el real**, y poder **convertir las criptomonedas en bienes tangibles que sirvan para satisfacer un legítimo deseo de invertir en otros activos, o en bienes de consumo**, sin muchos más matices.

Como **Notarios** estamos obligados a **informar, aconsejar y dar una salida profesional acorde con las exigencias legales y fiscales que van asociadas al documento público notarial**, para aquellas personas físicas y jurídicas que, ante estas controversias y cantos de sirena, acuden a ver qué dicen y hacen los Notarios.

Si de **compraventa de inmuebles, o muebles** se trata habría que **matizar algunas cuestiones** que muy recientemente han saltado a los media. Dejando siempre muy claro que las criptomonedas, por serlas, no están proscritas del tráfico jurídico que nos es propio. Ocurre, sin embargo, que hay que marcar algunos hitos para tratar de evitar malos entendidos y expectativas defraudadas.

Ámbito legal

El **Código Civil**, del hasta ahora Derecho común, nos clarifica conceptos en el **art. 1157** cuando hace sinónimos los de cumplimiento de una obligación con, precisamente, el pago de la misma. Recordemos, por obvio, que el art. 1255 Cc facilita la libertad de forma para que los contratantes puedan llevar a cabo cualquier acuerdo lícitamente válido para contratar de acuerdo con sus intereses. Por lo tanto, **las criptomonedas no tienen por qué ser marginadas, a priori, en una transacción contractual de la economía real**.

A) Compraventa vs Permuta

Ocurre que, como todos sabemos, **la compraventa más tradicional** del Código Civil, **art. 1445 Cc**, **obliga a que el pago englobe un "precio cierto, en dinero o signo que lo represente"**. Continuando con esta argumentación, el **art. 1446 Cc in fine**, **nos coloca ante la Permuta más que ante**



una compraventa clásica, si de criptomonedas hablamos.

Aquí sí tenemos un problema conceptual ya que la permuta, por esencia, implica una **doble transmisión** quedando de esta forma, claramente diferenciada de la Compraventa.

-Si vd. me quiere entregar bitcoins, que yo previamente he aceptado en su concepción, definición y precisión, y a cambio le doy un apartamento, no estamos comprando sino permutando.

Redundancia tautológica.

Tendremos que llevar a cabo nuestra tarea desde la perspectiva que, hasta ahora, **no hay asidero legal para considerar las criptomonedas como dinero de curso legal, o signo que las represente**, vg: cheques.

Esta ilegalidad es la que nos reconduciría a la Permuta.

La moneda de curso legal en el Reino de España es, huelga decirlo, el Euro, entendido como aparece definido en el Rglt. (CE) 974/98 del Consejo de Tres de Mayo, que recogía el mandato del apartado 4 del Art. 109L del Tratado de Maastricht y, más concretamente, en orden interno español, la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del Euro.



No debe llevarnos a error la consideración coloquial de igualar el dinero electrónico con las criptomonedas.

Antes al contrario, ya que la L 21/2011 de 26 de Julio de dinero electrónico deja muy claro en su art. 1. 2:

"Se entiende por dinero electrónico todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico".

Siguiendo con la ortodoxia notarial más aquilatada, el **art. 177 del RN** nos obliga a que cualquier equivalencia monetaria se lleve a cabo con la de curso legal en España-habla de "moneda española".

Llegados a este punto y para simplificar: un concepto claro pasa por considerar que **una criptomoneda está basada en técnicas de encriptación, usadas, precisamente, para generar unidades de aquélla, verificar su transferencia, y son utilizadas independientemente de cualquier control o verificación de un banco central.** En este sentido han ido el **FAFT- GAFI-, Grupo de Acción financiera internacional-**, y también el **Parlamento Europeo.**

El Notario ha de dejar bien claro que, hasta ahora, las criptomonedas no son

de curso legal en el Reino de España, y requieren una aceptación interpartes, que le da su naturaleza para transacciones virtuales, requiriendo una "adaptación" a la normativa legal más común. Jurídicamente no tenemos definición de estas monedas numéricas que requerirá rechazar la consideración estricta de dinero de curso legal más allá de que sea un medio de pago como utilidad inmediata de las mismas. Así, **una vez acordada la criptomoneda como solución y fórmula de pago** - ahora ya sí convencional- **entre los potenciales contratantes habría que reconducir todo como una Permuta;** con las precisiones apuntadas.

B) Autorización notarial como garantía de transparencia.

Tenemos una **obligación añadida** a efecto de transparencia de la operación que no es otra que la contenida en el **Art. 34. 2 de L 10/2010 de 28 de abril de Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo** cuando nos habla de:

- a) Papel moneda
- b) Moneda metálica, nacional o extranjera
- c) Cheque bancario al portador en cualquier moneda
- d) Medios físicos, incluidos los electrónicos, utilizados como medio de pago al portador.

Nos conduce a colegir que es un precepto aplicable directamente a las criptomonedas como "medio de pago", y todavía más debido a la utilización del bitcoin asociado a actividades de dudosa legalidad.

Las iniciativas de la **Unión Europea** van en el sentido de **precisar el control de las criptomonedas para los profesionales del cambio de estas monedas numéricas, y facilitar su inclusión, por fin, en el mundo real.** Hay que reseñar que cualquier insinuación pública de regulación o intervención de la criptomonedas, ha supuesto una depreciación significativa de la cotización de éstas.

No habría que incluir a las criptomonedas en la Ley 7/2012 de 29 de Octubre, porque no tenemos, al menos por ahora, una asimilación con el pago en metálico en lo tocante a profesionales y empresarios en el ámbito de su actividad habitual. Lo cual haría de la criptomoneda un obstáculo para poder llevar a cabo operaciones en el ámbito señalado en la precitada normativa. No obstante, hay una **tendencia muy marcada a superar la operativa de pago en metálico hasta hacerla residual, o casi.**

Tenemos una obligación añadida a efecto de transparencia de la operación que no es otra que la contenida en el Art. 34. 2 de L 10/2010 de 28 de abril de Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Son de aplicación al desenvolvimiento del Notario con estas cuestiones, aún a riesgo de ser reiterativo, el Art. 177 RN, en consonancia con el RD 1/2010 de 8 de Enero que concretaba la identificación de los medios de pago.

Habría, entonces, que acudir al **punto 3º del art. 177 RN**, y entender que se trata de una clase de transferencia y especificar la concreción del cargo y abono transaccionales. Aquí entraría la expertise del Notario para la identificación de éstos en el escenario de página web, cuenta corriente asociada al monedero electrónico, direcciones y cualquier otro dato que se crea de utilidad dentro de la responsabilidad asumida por el fedatario.

La **repercusión fiscal** sería la **sujeción al impuesto indirecto que se trate, IVA o TP, sobre la base del valor determinado objetivamente de la moneda virtual que se vaya a hacer servir, el impuesto sobre IVTNU y la aplicación del impuesto directo que se trate, IRPF o IS, si hubiese plusvalía demostrable desde el cargo para la compra de la moneda virtual y la utilización de la misma al efecto de la operación documentada.** Si fuese un bien mueble se actuaría igualmente en función de la fiscalidad exigida a los mismos. La sujeción y exención de IVA, según el Ministerio de Hacienda y Admones. Públicas, es a los efectos de transacción de compra y venta de bitcoins, por ejemplo, pero no para otras transacciones de bienes o servicios pagando con moneda virtual.

Quede, por tanto, claro que **no se aplicará el IVA en la transmisión de la moneda en sí: transacciones realizadas con este tipo de monedas virtuales; en virtud del artículo 135.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006.**

Quede, por tanto, claro que **no se aplicará el IVA en la transmisión de la moneda en sí: transacciones realizadas con este tipo de monedas virtuales; en virtud del artículo 135.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006.** Es reseñable lo que dice la Dirección General de Gobernación del Juego, Abril 2014:

"Si bien el bitcoin no puede ser considerado como una moneda de curso legal o dinero electrónico oficial, tampoco puede considerarse como un mero objeto económicamente evaluable toda vez el bitcoin o moneda virtual es un medio de cambio virtual o electrónico, reuniendo las características propias de aquéllos, entre ellas el pago electrónico de bienes o servicios".

Así pues, **la alternativa de la Compra-venta, con estas monedas virtuales, para concretarlas en escritura pública de bienes inmuebles conlleva dificultades que exigirían que:**

a) Los contratantes aceptasen mutuamente la utilización de una criptomoneda.

b) Objetivación del valor a una fecha determinada de la criptomoneda- no tendría el mismo valor en la fecha de entrega de arras que en la de perfección del contrato.

c) Clarificación de la fiscalidad.

d) Identificar claramente la conversión de la criptomoneda en una de curso real.

e) Interpretación correcta, por estricta, del Art. 177 RN.

No está de más recordar que, si se utilizase la criptomoneda como medio de pago, sería imprescindible utilizar páginas web y *Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información que tengan medidas de seguridad coherentes con la finalidad perseguida.*

Hacer todo esto en documento privado, con todas las cautelas que se quieran, y elevarlo a escritura pública requiere de una verificación notarial cualificada y reforzada, ya que, no olvidemos, habría que inscribir la escritura en un Rgto. de la Propiedad donde el criterio del funcionario/a titular, al frente del mismo, puede arrojar una dosis de aleatoriedad que el Notario ha de alejar con la praxis previa adecuada.

Corolario

No parece que el vacío legal de las criptomonedas sea motivo para desaconsejar la acción del Notario. Antes al contrario, si alguien puede aportar **prudencia, capacidad analítica, medios informáticos adecuados y praxis acorde con las exigencias legales de seguridad y transparencia,** es precisamente un profesional de estas características. Las criptomonedas, antes o después, acaban en



el pago de bienes y servicios en el mundo real, es aquí donde hay que dar soluciones, contrastar criterios y canalizar las legítimas aspiraciones de los agentes económicos que buscan seguridad jurídica y económica para sus transacciones en los despachos notariales.

El Notariado no puede quedar al margen de estas innovaciones que impone la tecnología, quedando emplazado, con la ley en la mano y sin complejos, a ir orillando las dificultades intrínsecas a estos movimientos cíclicos de la economía, a facilitar la confianza de los agentes económicos en la calidad y seguridad de instituciones jurídicas al servicio de la sociedad que demanda nuestros servicios.

De las criptomonedas sabemos ya cómo comenzaron, su funcionamiento, eclosión y expansión. **Facilitar su trasvase, sin riesgos añadidos, al mundo de la economía real, entra dentro de lo que se puede esperar, como poco, de un Notario;** más ahora que las criptomonedas, ahí están las iniciativas regulatorias y clarificadoras de la **Unión Europea** y otras potencias, han llegado, eso parece, para quedarse.



“El Notariado ha sabido adaptarse a las exigencias del Derecho privado contemporáneo”

Pablo Salvador Coderch

Premio Puig Salellas 2017

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Pablo Salvador Coderch (Barcelona, 1949) se licenció en Derecho (1971) y en Ciencias Económicas (1973) en la Universidad de Barcelona. Doctorado en Derecho por la Universidad de Bolonia (1975), ha sido Catedrático de Derecho civil en diferentes universidades, actualmente en la Universidad Pompeu Fabra. Fue fundador de la asociación Grupo de Estudios de Técnica Legislativa-GRETEL (1985), Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Mitra de Andorra (1989-1993), Director General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña (1993-1995) y fundador de la revista electrónica InDret (1999). Desde 1997 es socio de Cuatrecasas. Es miembro de distintas instituciones europeas, entre estas la American Law Institute, la International Academy of Comparative Law y el European Institute Law. También es Presidente de la Sección de Obligaciones y Contratos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

Ha ejercido numerosos arbitrajes, especialmente en el ámbito internacional; ha participado en diferentes proyectos legislativos, especialmente en el ámbito del Derecho civil de Cataluña, y también ha participado en la evaluación de profesorado y proyectos de investigación. Ha realizado estancias de investigación en centros y universidades de todo el mundo.

En cuanto a publicaciones, ha publicado numerosos artículos en el ámbito del Derecho privado y ha colaborado como articulista en La Vanguardia (1991-2000) y en El País (desde el año 2000).



P: Usted es licenciado en Derecho y Economía, además de Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Civil. ¿No se entiende el Derecho sin la Economía ni la Economía sin el Derecho?

R: El Derecho tiene que estar arraigado en algún lugar de la realidad. Hay quien se forma en Derecho y Medicina, o Derecho y Empresa, y tiene que conocer las empresas y saber contabilidad. O bien Derecho de contratos, y tiene que saber cómo funciona el tráfico contractual; hay quien se dedica al Derecho de accidentes, es decir, debe conocer los ámbitos en los que trabaja: accidentes automovilísticos, médicos, catastróficos... Es muy difícil hoy en día ser un jurista profesional sin estar arraigado. Somos como árboles que necesitamos el suelo para vivir. Para mí las raíces son la Economía y el Arte.

P: Su carrera profesional se ha desarrollado en el mundo del Derecho, y se ha especializado en Derecho Civil. ¿Por qué la elección del Derecho civil?

R: Siempre me ha interesado el Derecho privado y cuando empecé mis estudios universitarios opté por una de las ramas básicas del Derecho privado, que es el Derecho civil.

En el ámbito de un Derecho globalizado, muy transversal y que en el mundo económico no conoce fronteras, el Notariado tiene por delante un reto importante

P: Desde su dedicación al ámbito académico, ¿cuál cree que tiene que ser la contribución de la Universidad al mundo jurídico?

R: Los abogados, notarios, jueces, fiscales, registradores, son profesiones tituladas, y la principal característica de estas profesiones tituladas es que, quien la ejerce, debe tener un título universitario y, en algunos casos, más preparación, como para ser notario, profesión para la que es preciso ganar una oposición. Dos ejemplos de dos grandes juristas fallecidos recientemente son Aurelio Menéndez, Catedrático de Derecho mercantil, y cofundador de un



gran despacho de abogados, y Manolo Olivencia, Catedrático de Derecho mercantil, y abogado de primer nivel en Sevilla, comisario de la Expo 92 en Sevilla y socio de nuestro despacho desde hacía muchos años. Es decir, cuesta mucho entender que un Catedrático de Derecho mercantil no haya pisado una compañía de Derecho mercantil, cuesta mucho encontrar a un civilista que no conozca cómo funciona un Registrador de la propiedad, de la misma forma que cuesta mucho pensar en un Catedrático de cirugía que no opere. En el mundo universitario existe mejor nivel del que había hace 40 o 50 años, pero aun nos queda recorrido para mejorar.

P: Otro de los ejes de su trayectoria es su implicación en instituciones internacionales. Desde su amplia visión y la perspectiva que le ha proporcionado este aspecto, ¿cómo valora el mundo jurídico de nuestro país dentro del entorno europeo y mundial?

R: Si compara lo que es Cataluña y España actualmente, y lo que fueron hace unos 50 años, cuando yo empecé la carrera, verá que el cambio es astronómico. Los juristas españoles y catalanes hace medio siglo estábamos en el extranjero por razones básicamente de cierre del país, por razones políticas, y éramos juristas de segunda fila. Eso ya no es así. Puede que los acontecimientos recientes

hayan afectado al perfil internacional de España y la economía catalana, pero la presencia y la representatividad de los juristas de este país en todo el mundo es muy importante. Piense que hay más de una veintena de países que hablan español, y que Cataluña constituye una encrucijada entre Europa, Francia, España y el Mediterráneo. Lo tenemos todo para hacer las cosas bien, otra cosa es saber hacerlo.

P: ¿Puede destacar algún ámbito en el que aquí seamos una referencia?

R: Como aquí no había Derecho público, los juristas catalanes más distinguidos del siglo XIX y XX se dedicaron al Derecho privado. Ramon M^a Roca Sastre es un ejemplo de jurista que se centró en el Derecho privado; en Cataluña hizo la Compilación de Derecho civil, y antes había realizado, después de la Guerra Civil, la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946. Roca es un paradigma de lo que era un jurista catalán del siglo XX. En el siglo XXI los juristas catalanes compiten en materia de Derecho público con cualquier otro jurista del Estado.

P: Cada vez más Derecho internacional y comunitario, pero también derechos propios bien desarrollados...

R: Existen dos ramas en Derecho civil: por un lado, el Derecho básico de



Entrevista

los contratos, por ejemplo, la compra-venta, que ha sido siempre *ius gentium*, ha sido siempre sustancialmente el mismo en todo el mundo. Es decir, comprar y vender se hace de la misma forma en China que en Estados Unidos, España, Cataluña, Girona o Lleida. Y después existe otra vertiente del Derecho civil, más centrada en el Derecho sucesorio, que podría responder a circunstancias más históricas, económicas, geográficas y climáticas de cada país.

P: Por otra parte, es fundador de la revista digital *Indret*, posiblemente uno de sus proyectos más personales.

R: Siempre he trabajado en equipo, yo solo tuve una pequeña idea. Fundé *Indret* en el año 1999, la dirigí 8 o 10 años y siguiendo una práctica que considero exigible a las instituciones, cuando ya había encarrilado la revista, dejé la dirección a otra persona. Y así institucionalizamos un proceso de creación y crecimiento de una organización que se convirtió en la primera revista jurídica virtual de España. Nosotros veíamos venir que algún día todo el mundo llevaría consigo un ordenador en el bolsillo –el móvil– y sabíamos que quien supiera utilizar ese ordenador eficientemente se ganaría mucho mejor la vida que quien supiera hablar solo por teléfono o ver una película. Veíamos venir este proyecto de ordenador en el bolsillo que ahora todos tenemos, y sabíamos que si no poníamos la revista en el bolsillo estábamos muertos.

P: También fundó el grupo de Estudios de Técnica Legislativa. ¿Cuál es su finalidad?

R: Éramos cuatro universitarios catalanes: un constitucionalista, después muy famoso, Carles Viver; un comparatista, ahora Catedrático en Girona, Miquel Martín; mi esposa, que era profesora de Derecho penal y yo mismo. Todos teníamos formación germánica y angloamericana y pensamos que 10 años después de la Transición era conveniente importar al Estado español y a la Generalitat de Cataluña la cultura de la redacción de leyes, de la técnica legislativa, de las dos grandes ramas, la germánica y la angloamericana. Cuando acabamos nuestro trabajo, bajamos la persiana y dejamos que otros lo continuaran. Ahora el grupo sigue, pero su objetivo básico, que era sistematizar los criterios de redacción de leyes, se logró en 8-10 años, y entonces cada uno se dedicó a sus cosas. Viver fue Magistrado del Tribunal Constitucional y después ha sido protagonista de los hechos políticos y jurídicos públicos de este país; Martín siguió su carrera como comparatista, muy celebrado; mi mujer siguió su carrera y todos los amigos de fuera que nos ayudaron –catedráticos, profesores, abogados del Estado, letrados de las Cortes...– siguieron su carrera, y van publicando y haciendo otras cosas, pero ya no es el objeto central de nuestra actividad. Lo hicimos y quedó hecho. Trabajamos siempre así. Nos proponemos un objetivo, lo logramos y cuando hemos acabado, intentamos otro similar.

P: ¿Tenemos demasiadas leyes?

R: Se podría mejorar mucho en legislación, existe un largo recorrido de mejora. No tenemos más leyes, ni más páginas de legislación por habitante que los franceses, aunque el hecho de que en España exista el Estado y las Comunidades Autónomas aporta un factor de complejidad. No obstante, no es lo mismo que el fenómeno americano donde existe un Derecho federal y 50 derechos estatales. Podríamos mejorar la calidad de las leyes, y en eso estamos.

Existe un problema de eficiencia y de capacidad para dar respuesta en un tiempo razonable a los justiciables

P: En el ámbito de Cataluña, usted es Presidente de la Sección de Obligaciones y Contratos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña y ha participado en numerosos proyectos legislativos. ¿Cómo valora específicamente el Libro VI, de Obligaciones y Contratos? Y, en un sentido más amplio, ¿el nuevo Código Civil de Cataluña?

R: El libro VI es un texto ambicioso, fragmentario, puede ser un avance y tenemos que ver cómo funciona. No lo hubiera redactado así, pero es un texto para tener en cuenta. Y el nuevo Código es una de las cosas que quedarán de la Generalitat restaurada. Aunque la manera de hacerlo, paso a paso, piedra a piedra, libro a libro, a veces es un poco compleja, debe decirse que el Código Civil de Cataluña es una de las buenas obras hechas por la Generalitat de Cataluña del año 1980 a esta parte.

P: ¿Qué papel han tenido y tienen los notarios en la construcción del Derecho civil?

R: Los notarios durante más de un siglo, en los años más oscuros y más difíciles del Derecho catalán, han sido los guardianes del Derecho. El Derecho civil catalán contemporáneo no se entiende sin la aportación notarial. Volvamos a pensar en Ramon M^a Roca Sastre como uno de los ejemplos más característicos. De los años setenta y ochenta esta parte se sumaron





los académicos, y siempre ha habido muy buena colaboración de los abogados y los registradores. Nos han faltado los jueces que, por razones de incompatibilidades, no pueden estar presentes como nos gustaría fuera de los congresos, las conferencias o los seminarios. Pero yo creo que los notarios han sido la columna vertebral del Derecho civil de Cataluña durante décadas.

P: Recientemente ha sido merecedor del Premio Puig Salellas, el máximo galardón que otorgan anualmente los notarios de Cataluña. ¿Qué valoración hace?

R: Yo estoy muy agradecido al Colegio de Notarios y para mí tiene un matiz personal porque soy hijo de notario. Cuando recibí el premio quise agradecer que me lo otorgaran y recordé que esa había sido la casa de mi padre.

De la crisis hemos aprendido a saber ver las burbujas a tiempo, a apoyar la economía productiva y el mundo de la educación, que prepara a la gente que después se incorpora a la economía productiva

P: ¿Cómo valora nuestro nivel de seguridad jurídica?

R: Todo el mundo tiene recorrido de mejora. La seguridad jurídica, la fe pública es la función básica de notarios y registradores. Yo creo que el Notariado ha sabido adaptarse a las exigencias del Derecho privado contemporáneo. Tiene un recorrido de mejora en el ámbito de un Derecho globalizado, muy transversal y que en el mundo económico no conoce fronteras. Aquí se pueden hacer más cosas. El Notariado aquí, básicamente latín, tiene por delante un reto importante.

P: Usted está muy implicado en el arbitraje, un ámbito que en nuestro país está costando implantar. ¿Cree que el futuro del Derecho pasa por potenciar la resolución extrajudicial de conflictos?

R: Sin tener las estadísticas a mano, no puedo hacer afirmaciones muy taxativas sobre el arbitraje. Tiene un ámbito

de aplicación obvio en Derecho privado en tres o cuatro materias económicas, y es muy aconsejable cuando dos partes, por ejemplo, dos empresas situadas en países diferentes no quieren que el Derecho de una u otra nacionalidad de la empresa sea el Derecho aplicable. Entonces pueden pactar un tercer régimen jurídico y solicitar ponerse de acuerdo en el arbitraje. El arbitraje también es muy frecuente en España en el seno de una industria importante. No verá repertorios de jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de Derecho privado, que resuelven un conflicto entre una entidad financiera y otra entidad financiera, porque estas resuelven sus diferencias, cuando surgen, en el ámbito de arbitrajes internos del sector. Y esto funciona muy bien. En el arbitraje de empresa también funciona muy bien entre sectores contiguos: un editor con una empresa papelera; un especialista en textil con un fabricante textil... Cuando no son industrias cercanas o empresas del mismo sector, el arbitraje tiene ventajas e inconvenientes. Y, a veces, los abogados preferimos sentencias de un juez que un laudo arbitral. Lo que conviene es que haya arbitraje, mediación y una judicatura que funcione bien. Pero el arbitraje no puede ser el bombero de un sistema jurisdiccional que funcione demasiado lento o que esté poco profesionalizado. Cada técnica de resolución de conflictos tiene su campo de aplicación.

P: ¿El principal problema de la justicia actual es la lentitud?

R: Sí, este es el principal problema. Los jueces son globalmente independientes, la corrupción judicial es francamente inexistente, pero existe un problema de eficacia y de capacidad para dar una respuesta en un tiempo razonable a los justiciables. Pero eso no es culpa solo de los jueces, los abogados también somos responsables. Si un nuevo Gobierno quisiera instaurar un sistema de Justicia realmente eficiente y rápido, me temo que los primeros en protestar seríamos los profesionales de muchas profesiones jurídicas. La Justicia es lenta pero no solo por sí misma, sino porque los profesionales del Derecho no siempre parecen interesados en que las cosas funcionen como usted pide que funcione un servicio público. También hay que decir que la Justicia es el único servicio público al que la gente acude con mala predisposición: quien tiene razón porque no se la han



dado, y quien sabe que no la tiene porque sabe que la perderá. Usted acude a todos los demás servicios públicos, si no contento, al menos esperanzado: al médico, a la escuela... La Justicia tiene este problema estructural, que nadie acude a ella con buena predisposición. Porque los conflictos, tanto políticos, como públicos, como privados se podrían resolver al margen de la jurisdicción, pero no es fácil.

P: ¿Qué ha aprendido el mundo jurídico de la crisis?

R: De la crisis de 2008 hemos aprendido que tenemos que ver las burbujas a tiempo, las inversiones especulativas a tiempo; y que tenemos que apoyar la economía productiva y el mundo de la educación que prepara a la gente que después se incorporará a la economía productiva. Que los juristas tenemos que trabajar para mejorar todo esto, y yo creo que lo hemos hecho un poco. Le pondré un ejemplo: en las últimas elecciones del Colegio de Abogados de Madrid, ha ganado José M^a Alonso, un reconocido abogado de empresa, lo que no había sucedido nunca. Una persona que se había dedicado toda la vida al ejercicio de la abogacía privada de empresa y que había dirigido dos grandes despachos internacionales, al final de su vida profesional quiere dedicarse a gestionar lo que él llama "el Colegio de abogados más grande del mundo", que está bien, pero también es un poco



Entrevista



inquietante, y un elemento para reflexionar, que los colegios como el de Madrid o el de Barcelona tengan más colegiados que el de París o el de Berlín.

P: ¿Hacia dónde evoluciona el Derecho catalán y español actualmente?

R: El Derecho de aquí tiene un gran reto que es resolver y trascender un conflicto político de una magnitud innegable. Económicamente España y Cataluña tienen que seguir en el camino de una modernización del sistema legal y económico que no ha terminado. Piense que, en este país, en dos generaciones hemos pasado del campo a la ciudad. No tendremos tiempo, no tendremos dos generaciones para asumir las consecuencias de llevar un ordenador en el bolsillo cuando, a partir de 2020, tengamos 5G y trabajemos a una velocidad 50 o 100 veces más rápida que la de un iPhone actual. Si no nos preparamos para el cambio que se avecina, podemos declinar, como han declinado muchas culturas. Espero que los políticos y los agentes económicos y sociales lo sepan ver.

P: ¿A nivel europeo y mundial seguirá la misma evolución? ¿El Derecho es consciente de ello y está avanzando en este sentido?

R: Sí, en 15 años usted no conducirá su coche y en 20 o 30 años puede que esté prohibido conducir. Lo que sabemos y vemos es que en todo el mundo solo existen dos culturas capaces de ser protagonistas en el siglo XXI. Por un lado, existe lo que llamamos los occidentales –a los que yo denomino atenienses–: las viejas o nuevas democracias occidentales, que funcionan siempre en ligas. Y que si aprenden a continuar en ligas y no se pelean entre ellas serán coprotagonistas muy importantes del siglo XXI. Hablamos de Europa, América del Norte y probablemente de prácticamente toda Sudamérica, de Euroamérica. Y después existen los que yo llamo los confucianos, los discípulos de Confucio, otra cultura que tiene 25 siglos: la Atenas de Pericles está entorno a estos siglos, o la China de Confucio. Y estos tienen otro sistema jurídico. No persiguen obsesivamente la democracia ni las libertades individuales o particulares; persiguen jerarquía, armonía, crecimiento implacable y no son culturas belicistas. Por tanto, estas dos protagonizarán el desarro-

llo jurídico de los próximos 20-40 años y, si lo saben hacer sin generar reacciones internas antiglobales, populistas, reaccionarias, neocarlinas, y lo saben hacer sin generar reacciones externas de frustración, de agresividad de otras culturas que no tienen esta capacidad de crecimiento y de proyección milenaria, iremos bien. Si no sabemos realmente enviar un mensaje al mundo de que los dos grandes protagonistas del siglo XXI estamos haciendo las cosas bien, podemos acabar mal.

La Justicia del siglo XXI tiene que ser transparente, respetuosa con las leyes y el Derecho, con sentido común, abierta de miras, y bien relacionada con el sistema de profesiones jurídicas

P: ¿Cómo tiene que ser la Justicia del siglo XXI?

R: Profesional, independiente, respetuosa con las leyes y el Derecho, con sentido común, abierta de miras, y bien relacionada con el sistema de profesiones jurídicas, porque en un mundo ideal, en un mundo mejor que el actual tiene que pensar que los abogados somos colaboradores de la Justicia. Si usted quiere un aparato que le mida la calidad de un sistema judicial en todo el mundo, mire como se trata a los abogados. Allí donde existe una profesión de abogacía independiente, fuerte, defensora de los derechos e intereses de sus clientes y colaboradora con la Justicia, existe una buena Justicia. Cuando el abogado es un infeliz, un funcionario dependiente del Gobierno, un profesional de segunda o tercera fila, los jueces tampoco funcionan. El mensaje final es que jueces, abogados, notarios, registradores, fiscales y letrados tenemos que colaborar para construir un mundo más agradable y más feliz, si puede ser, y con reglas del juego transparentes, aplicadas razonablemente y, sobre todo, con sentido común e independencia.



“Es preciso reencontrar el lugar de las Academias”

Lluís Jou i Mirabent

Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Lluís Jou i Mirabent (Sitges, 1955) estudió Náutica –siguiendo la profesión de su padre– y en 1977 se licenció en Derecho por la Universidad de Barcelona. Notario desde 1983, ejerció en Belmonte de Miranda (Asturias), Calafell (1985-1995) y, desde 1995, en Barcelona. Desde 1987 hasta 2011 ha sido profesor asociado de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. Entre los años 1988 y 1994 fue miembro de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña, donde posteriormente, de 2005 a 2008, fue vicedecano. También fue miembro de la Comisión Jurídica Asesora (1993-1997) y Director General de Política Lingüística de la Generalitat de Cataluña (1996-2003). Actualmente es archivero de Protocolos del distrito de Barcelona y secretario del Patronato de la Fundación Noguera. Asimismo, es miembro del Institut d'Estudis Catalans.

Ha publicado numerosos trabajos en el ámbito del derecho de sucesiones y del derecho lingüístico. En diciembre de 2007 el Gobierno de la Generalitat de Cataluña le otorgó el premio Justicia de Catalunya, el mayor reconocimiento que la institución concede en el campo del Derecho, por su participación en la redacción del Libro V del Código Civil Catalán y en la Ley de Política Lingüística.

Ingresó en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en 2008, institución de la que fue secretario desde 2011 hasta finales de 2016. Desde entonces es su presidente.



Entrevista

P: El 13 de diciembre de 2016 fue elegido presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. ¿Qué supone este nombramiento?

R: La presidencia de la Academia tiene un valor simbólico relevante para cualquier jurista catalán, puesto que la Academia tiene un prestigio que ha sabido ganarse en el transcurso de los años, aunque hoy en día las circunstancias han cambiado mucho. Pensar que sucedes a algunas de las personalidades más relevantes del Derecho en Cataluña (Maspons, Borrell i Soler, Roca Sastre, Figa Faura...), y que te han elegido personas muchas de las cuales han sido tus profesores en la universidad o tus maestros en la vida práctica, representa un reconocimiento muy importante. Así pues, por una parte, me siento muy agradecido y, por otra, tengo un poco de miedo por la responsabilidad.

P: En su discurso de aceptación del cargo usted destacaba el reto de saber encontrar el lugar adecuado para la Academia ahora que nos acercamos a la tercera década del siglo XXI. ¿Es este su principal reto?

R: Por supuesto, porque las Academias, tal y como las entendemos hoy en día, tienen su origen en el siglo XVIII. La nuestra se puso en marcha a mediados del siglo XIX y se reformuló de forma importante después de la Guerra, cuando se reconstituyó tras ser eliminada. Pero era una época en la que la investigación en materia de derecho era escasa, en la que se priorizaba el estudio del Derecho civil catalán, el único Derecho catalán vigente; y en el que no había otras instituciones jurídicas más allá de una universidad en Barcelona, donde el estudio del Derecho civil catalán no era uno de los puntos fuertes, precisamente. Por consiguiente, en ese momento suplió unas necesidades de investigación, que no existía, y había un liderazgo muy claro en materia de Derecho civil catalán. La situación actual, con seis facultades de Derecho a pleno rendimiento, con el Derecho civil catalán no solo recuperado, sino ampliamente actualizado, y con un Instituto de Estudios Catalanes que tiene un enorme apoyo de la Administración catalana, la Academia ocupa un lugar diferente al

que tenía y este lugar es el que hay que reformular, el que hay que reencontrar. Pensemos también que la propia Generalitat cuenta, por una parte, con la Comisión Jurídica Asesora y, por otra, con el Observatorio de Derecho Privado, es decir, con otros tipos de instituciones consultivas. Todo eso nos obliga a encontrar un lugar. ¿Tenemos el espacio? Probablemente sí, si tenemos en cuenta que la Academia pivota en particular sobre el trabajo de sus miembros más que sobre el trabajo de una labor colectiva. Por ello, si somos capaces de modernizar el sistema de elección, de rejuvenecer a los miembros de la Academia y de reformular nuestra forma diaria de trabajar, seremos capaces de encontrar ese lugar en la sociedad. Por otra parte, encontrar un lugar no es un problema solo de la Academia de Jurisprudencia, sino que las diez academias que hay en Cataluña tienen una problemática similar. A menudo, se perciben como una especie de honor, como si fuera un orden honorífico que no te da el Gobierno entregándote una medalla, sino que te da el sector profesional más académico, eligiéndote y reconociéndote los méritos. Pero debemos entender que, aunque esta función honorífica no se puede excluir ni evitar, no es esa nuestra principal función.

Los notarios somos el colectivo más capaz de estudiar, valorar, analizar y realizar el seguimiento de cómo se aplica la normativa, donde chirría, qué necesita la gente

P: Usted decía que el mundo ha cambiado mucho con la globalización, la explosión demográfica, el progreso de las tecnologías de la información y del conocimiento, etc. ¿El Notariado ha evolucionado al mismo ritmo?

R: Sí, y es evidente en la Academia, precisamente por la importancia que el Notariado ha tenido siempre dentro del mundo jurídico catalán y, particularmente, en la aplicación, la configuración y la conformación del Derecho privado propio. En este momento, de los 36 miembros de la Academia prácti-

camente la cuarta parte somos notarios. Esta formulación nos permite ver hasta qué punto el Notariado ha tenido tradicionalmente un papel muy relevante en la conformación y el estudio de las normas civiles. Los notarios no se han conformado nunca con hacer las escrituras y aplicar una normativa, sino que siempre han tenido interés, muy ligado a la profesión, por estudiarlas, por ver cómo pueden evolucionar, qué retoques necesita la norma para ser más útil a las personas y, por ello, los notarios tienen proporcionalmente tanto peso dentro de la Academia. ¿Los notarios mantienen esta actitud ante el estudio? Diría que, entre los cuerpos profesionales, dejando de lado la universidad –que obviamente tiene en el estudio y la docencia su razón de ser–, los notarios todavía son el colectivo más capaz de estudiar, valorar, analizar y hacer el seguimiento de cómo se aplica la normativa, donde chirría, qué necesitan las personas desde este punto de vista... puesto que los notarios siguen estando en la primera línea del trato con la gente. En el proceso de 35 años largos de actualización del Derecho civil catalán, que comenzó en 1984 y que está culminando ahora con el Libro VI del Código Civil, los notarios hemos tenido una enorme participación, primero formando parte de las comisiones legislativas y ahora en el Observatorio.

P: Habla de la adaptación del Derecho civil, pero ¿también se han adaptado a los cambios que ha vivido la sociedad en un sentido más amplio?

R: En relación con la adaptación a la realidad social, a las nuevas tecnologías, a la globalización, diría que bastante. En este momento los notarios tenemos un problema general, de todo el mundo jurídico, que es la devaluación social de la función jurídica y, sobre todo, por parte de los poderes políticos y económicos. La juridicidad, que durante muchos años ha sido la base de la configuración de la sociedad –las cosas debían ajustarse a ley, las leyes debían ajustarse a las necesidades de la gente, lo que los juristas opinaban era siempre importante y, a menudo, los gobiernos estaban en manos de juristas– ha cambiado. Desde hace veinticinco o treinta años todo eso está en manos de las empresas, los economistas y los directivos, de forma que el



Derecho parece que deba adaptarse no ya a las necesidades de la gente, sino a las necesidades de la empresa. En este sentido, nosotros tenemos un problema. Nuestra piedra angular es la juridicidad y ahora no está de moda. Lo que está de moda es la competitividad, la productividad, la economía, la rentabilidad... Y son unos parámetros difíciles de valorar desde nuestro punto de vista. En este sentido, hemos perdido un poco de fuelle. Eso es así, pero no por nosotros, y estamos haciendo un gran esfuerzo para adaptarnos a esta situación. Por otra parte, durante muchos años el notario, especialmente en los pueblos, era el máximo referente desde el punto de vista del Derecho y hoy en día tenemos mucha competencia de enormes bufetes de abogados. También nos estamos adaptando a eso, aunque puede que el esfuerzo que hacemos no llegue a dar el resultado esperado. Cuando pienso en cómo hacíamos las escrituras hace treinta y cinco años y cómo las hacemos ahora, en qué información teníamos y la que tenemos ahora; qué información podíamos ofrecer y la que ofrecemos ahora; cómo nos relacionábamos con la Administración Pública y cómo nos relacionamos ahora, pienso que hemos mejorado y avanzado mucho y que, probablemente, de las profesiones reguladas como la nuestra, ninguna se ha adaptado tanto a la realidad de nuestros días como el Notariado. Pienso que es un esfuerzo que hacemos diariamente y, a veces, colectivamente, porque los dirigentes del Notariado han trabajado mucho. Es de agradecer que hayan sido capaces de ver que había que ir hacia un camino determinado y adaptarse. Y a este esfuerzo se ha sumado el trabajo individual de los notarios que, en general, han estado a la altura de las circunstancias.

P: Nieto de escultor, hijo de un capitán de barco y de una bibliotecaria, hermano de un físico y poeta, usted estudió Náutica y, posteriormente, se licenció en Derecho y opositó a notario. ¿Qué lo llevó al mundo del Derecho y del Notariado?

R: Saliendo de la adolescencia mi vocación no era la jurídica. Por una parte, nadie de mi familia procedía del mundo del Derecho, ni tenía amigos, ni el contexto social en Sitges me llevaba

a imaginarme estudiando Derecho. Pero como mi padre conocía la carrera de Náutica, que era la que a mí me llamaba la atención, y él insistió mucho en que estudiara otra carrera, Derecho me pareció interesante porque es una carrera polivalente. Una vez me introduje en el estudio del Derecho, especialmente a partir del tercer o cuarto curso de la carrera, el Derecho de sucesiones, el Derecho de familia y los Derechos reales me interesaron desde un punto de vista intelectual. Además, eran unos años muy especiales, los años 1971-1977, y me interesó profundamente ver cómo el derecho ayudaba, con la evolución del Derecho civil, a pasar de una sociedad estrictamente patriarcal en la que todavía se utilizaba la licencia marital –había los hijos naturales y los hijos ilegítimos y todo lo que ahora parece absolutamente prehistórico–, a un mundo nuevo. No era mal estudiante y cuando terminé la carrera pensé que el trabajo de los notarios me interesaba. Entonces, visité a Rafael Nicolás, que había sido notario en Sitges durante muchos años, tuvimos una conversación, me convenció y me facilitó la forma de buscar a alguien que me preparara para la oposición a notario. Tuve que hacer un enorme paréntesis debido al servicio militar, pero en cuanto lo terminé, me presenté a la oposición. Así pues, me llevó, por un lado, el interés intelectual por el Derecho y, por otro lado, la comprensión de que el Derecho era un magnífico instrumento para modificar la sociedad y que, al mismo ti-

empo, tenía que seguir a la sociedad. Era como si desde Derecho pudieras llevar un poco el volante de la sociedad. Y eso es lo que me llevó a la Notaría y al estudio del Derecho.

En estos momentos tenemos una normativa muy adaptada a la realidad del país

P: Es evidente su compromiso y su dedicación en el ámbito institucional jurídico y notarial, así como en el ámbito universitario, especialmente en Derecho civil. ¿Cómo valora la evolución del Derecho civil en Cataluña en los últimos años, culminado con la aprobación del nuevo Código Civil de Cataluña?

R: Tengo la satisfacción íntima y el honor de haber participado bastante desde la primera fila. Mi primera actuación en materia de Derecho civil catalán fue la participación en unas jornadas de Tossa de Mar en 1984, donde conocí gente que me ayudó mucho. De entrada, Josep M^a Puig Salellas fue una persona muy generosa conmigo, me ayudó mucho a situarme socialmente en este mundo y me abrió muchas puertas. Y Ferran Badosa, que me “fichó” para la universidad y Antoni Mirambell, con quien





hemos compartido el proceso de normalización del Derecho catalán. También fue una suerte poder entrar como vocal en la Junta Directiva del Colegio, en 1988, con 32 años en las Juntas de López Burniol y de Robert Follià, dos auténticos maestros. Todo ha ayudado y, además, no me daba pereza trabajar sábados y domingos. También tuve suerte, porque el Consejero Bassols me ofreció trabajar primero en la Ley de Censos, y después vino el Código de Sucesiones. De este último, pude hacer prácticamente de ponente de lo que fue la Ley 40/1991 después, participé en la Ley de Potestad del Padre y de la Madre y, sobre todo, en la última versión del Libro Quinto, junto a Pablo Salvador y Mercedes Tormo. He podido vivir el nuevo código en primera persona, participando en las comisiones legislativas y, desde hace unos años, en la Comisión asesora de los recursos administrativos contra las cualificaciones de los registra-

dores. Es un mundo muy bonito, que me ha obligado a comprender bien las instituciones propias, a tener un ojo puesto en las necesidades de la sociedad y a poder avanzar hacia lo que la sociedad necesita, pero sin inventar nada, partiendo de una tradición arraigada a la gente y al país. Y en este sentido diría que la evolución del Derecho civil catalán ha sido modélica desde el punto de vista de la orientación política que se ha hecho. Si el Gobierno de la Generalitat, en 1983, hubiera optado por querer hacer un Código Civil de los pies a la cabeza, hubiera encontrado en ese momento una enorme resistencia, ya no digamos del Estado, sino también dentro de la sociedad catalana. Avanzar poco a poco, al ir progresando como quien va moviendo los peones, con la participación de la Universidad, de los profesionales, incluso durante un tiempo de la judicatura, y con la participación de los actores jurídicos, ha creado un consenso

y una aceptación que nos ha llevado a un Derecho civil completo con el que, hace 25 años, no habiéramos podido ni soñar, porque las dificultades han sido siempre enormes. El Gobierno español, que a veces parece anclado en la idea de “Los derechos forales y el derecho común”, ha impugnado cada paso que se ha hecho (desde la Ley de Sucesión intestada de 1987 hasta el Libro Sexto) y no ha ayudado nada. Y si la Generalitat se hubiera enfrentado a este directamente en los años ochenta, este proceso de evolución quizá hubiera quedado en nada. Creo que, al actuar poco a poco, hablando, dejándolo reposar, volviendo a empezar... ha sido muy positivo. Y tenemos una normativa en estos momentos muy adaptada a la realidad del país.

P: ¿Cuál cree que ha sido la aportación del Notariado en la construcción y la preservación del Derecho civil de Cataluña?

R: Ha sido una aportación muy positiva y muy importante. Positiva, porque partimos de una situación en la que prácticamente el único estamento oficial que aplica el Derecho civil catalán es el Notariado. Costaba mucho que en los años ochenta, y casi diría que, a principios de los noventa, los abogados planteasen una demanda alegando Derecho catalán; costaba mucho incluso que la Universidad explicara Derecho catalán. En cambio, los notarios, en su día a día, lo han aplicado siempre. Por tanto, cuando la Generalitat ha hecho una modificación en el Derecho civil, los notarios la han aplicado inmediatamente. A menudo, teniendo que “batallar” o enfrentarse a abogados, registradores y a otros que han sido más lentos en su recepción. Por consiguiente, un primer punto es que hemos sido de los primeros en aplicarlo. Segundo punto: el Notariado ha sido siempre, de los cinco grandes estamentos jurídicos—jueces, fiscales, abogados del Estado, registradores de la propiedad y notarios— el más cercano al Gobierno de la Generalitat. Los registradores llegan, ocupan su registro, están una temporada, y cuando ven un registro que da más dinero se van sin problemas. Los notarios llegan, intentan instalarse y arraigar, y algunos se van, pero con una cadencia mucho más limitada que los registradores. Y esta permanencia en el territorio ha ayudado mucho. Y des-



de el punto de vista intelectual, volvemos a lo que decía al principio: de todos los estamentos oficiales jurídicos, los notarios son todavía los únicos que estudian a fondo el Derecho –los registradores también, pero siempre el caso concreto-. Un ejemplo lo tenemos en los comentarios del Código de Sucesiones que hicimos entre 17 o 18 notarios, en 1993. No existe otro cuerpo que sea capaz de hacerlo por su cuenta. De forma que el estudio, la participación en las comisiones legislativas, la aplicación inmediata de la normativa y la visión de la realidad social ha hecho que nuestro papel sea muy importante de cara a la evolución normativa. Si miras el Libro Cuarto o el Libro Quinto, no hay tres artículos seguidos donde no salga o “notario” o “escritura”, porque la realidad es esa.

P: En los últimos años los notarios han tenido nuevas atribuciones –en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en arbitraje, en mediación–, se ha potenciado la protección del consumidor (a raíz de la crisis), se han introducido las nuevas tecnologías... ¿Hacia dónde cree que evolucionará la profesión, entre estas nuevas atribuciones y el peso de la función más arraigada?

R: Las atribuciones de la normativa de Jurisdicción Voluntaria las veo muy positivas para el Notariado, porque subrayan que el notario no es un profesional liberal cualquiera. Sin duda nos organizamos como profesionales y, para llegar a la gente, para tener la capilaridad social y territorial que tenemos, esta organización es la que corresponde, pero también es cierto que lo que ejercemos es una función pública, no es una profesión cualquiera. Y esta función pública tiene como fundamentos básicos el control de la Ley, que lo que documentas esté dentro de la Ley, y la conservación, es decir, los archivos, la permanencia incluso física del documento autorizado. Lo firmado, firmado está y es a prueba de bombas. Atribuirnos algunas funciones que hasta ahora desempeñaban los jueces, pero que no eran propiamente contradictorias, creo que subraya este papel de función pública y es muy positivo. Por otra parte, es muy práctico, ya que para la gente una de-



claración de herederos hecha en la notaría es infinitamente más amable, más rápida y, a la larga, más económica que hacerlo en el juzgado. Y en la práctica tal vez con mayor garantía que la que se podía dar en el juzgado. Eso también sucede en el divorcio de mutuo acuerdo y en muchos otros temas. Estoy seguro de que podemos suplir con ventaja y en beneficio del público funciones que hasta ahora se hacían en los juzgados. Para nosotros tiene una contrapartida negativa, que quizá no ha sido lo suficientemente valorada por los valores públicos que nos atribuyen esta función: estos actos, que se formalizan como documentos sin cuantía, y que nosotros autorizamos y trabajamos clarísimamente por debajo del coste real que tienen, no tienen una compensación desde el punto de vista arancelario. Porque las notarías cada día tienen más trabajo en general, y más atribuciones, y se incrementa la cantidad de documentos que se acaban gestionando por debajo de su coste. Estos documentos requieren mucha dedicación tanto del notario como de las personas que trabajan con él, sin que ello represente una mayor compensación desde el punto de vista económico. Profesionalmente son importantes, porque dan relieve a la función pública, pero se debería encontrar la forma de que eso tuviera una compensación económica.

P: En el ámbito del Colegio, fue vicedecano de 2005 a 2008. ¿Qué destacaría de aquella etapa?

R: Fui vicedecano en una Junta presidida por Pepe Marqueño, que fue elegido presidente del Consejo General del Notariado e hizo muy buen trabajo. Bajo la base primordial de que había que preservar la calidad del documento notarial, es decir, todo el valor, la importancia y el trabajo bien hecho que se hace cuando redactas y autorizas las escrituras, destacaría temas como la puesta en línea del Notariado respecto a las Administraciones Públicas, de las que en cierto modo somos tributarios –la de Hacienda, las comunicaciones telemáticas con los registros, las comunicaciones telemáticas entre nosotros, el índice único, que es un avance extraordinario... El índice planteaba y plantea la pregunta de hasta dónde llega la privacidad y el secreto profesional, que es una duda que sigue abierta, pero lo que hemos ganado entre todos nosotros y lo que han ganado el conjunto de las instituciones públicas es extraordinario, fue un buen trabajo. Las relaciones con las Administraciones de Cataluña fueron muy fluidas y muy buenas, con el Consejero Vallès y la Consejera Tura. Las obras del Colegio, en el número 2, necesarias. Un aspecto que me hizo especial ilusión, en el que creo mucho, fue organizar la Academia de opositores aquí en el Colegio,



porque había habido esfuerzos personales importantes de muchos notarios, por preparar a la gente que quiere ingresar en el Notariado, pero asumirlo desde el Colegio fue uno de los retos de aquella Junta y creo que fue positivo. También trabajamos en la reforma del reglamento notarial de 2007. Aunque algunas cuestiones muy ambiciosas que contenía, como el registro de poderes revocados, quedaron en nada, fue útil. Entre otras cosas, asumimos definitivamente la póliza como documento notarial de verdad, porque entre el momento de la fusión y ese momento era como si fuera un subproducto. Ahora bien, aquellos años fueron un poco duros a nivel personal y profesional, porque no se entendió bien que pedimos mucho a los notarios en muy poco tiempo: adaptar a la gente al Índice único, a las fichas para Hacienda, a las comunicaciones telemáticas con el Registro, el control de los medios de pago y la prevención del blanqueo de capitales, la incorporación de las certificaciones catastrales a las escrituras y, además, un cambio de Reglamento notarial. En solo cuatro años pedimos mucho a la gente y costó mucho arrastrarla. Pero de eso no se acuerda nadie, el resultado es muy bueno y yo tengo buen recuerdo, tanto del trabajo como de los compañe-

ros de Junta Directiva, todos ellos buena gente y muy implicados.

P: En el ámbito de los archivos, se hizo una gran labor en ese momento. ¿Cómo valora el trabajo realizado en este sentido?

R: De hecho, la cuestión de los archivos siempre me ha interesado. La primera vez que entré en esta casa fue para entrar en el Archivo de Protocolos, haciendo de investigador casi. Quizá me interesa, porque en mi casa el que no es poeta es artista y el que no es historiador. La cuestión es que, por una parte, como en los archivos territoriales, comarcales, no había espacio, planteamos una medida de urgencia que fue concentrar todos los protestos, es decir, sacar de todos los archivos de pueblos los protestos y llevarlos a Barcelona. Esto parece una medida modesta, pero permitió hacer mucho sitio. La Generalitat pretendía en ese momento cobrar una especie de alquiler al Colegio Notarial por el Archivo intermedio que tienen depositado en muchas cabezas de comarca y no nos acababa de parecer la mejor manera. Habíamos planteado la posibilidad de un archivo intermedio unificado, incluso con la intención de hacer un edificio específico

en Barcelona. Al cambiar la Junta y el Gobierno de la Generalitat se vio de otra forma y se volvió al modelo tradicional que, por otra parte, tengo que decir que ha funcionado bien toda la vida. Está muy arraigado al país, y los protocolos tienen que estar en el pueblo, donde se han generado y donde se tienen que estudiar, no tienen que estar todos concentrados en Barcelona. O sea que, aunque creo que nuestro planteamiento de doble traslado era realista, estoy muy de acuerdo con lo que se ha hecho.

P: ¿Cómo valora el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona? ¿Y la función de archivero?

R: El Archivo Histórico es uno de los archivos de interés nacional, como declara la Ley de Archivos de Cataluña, que lo considera una de las joyas del sistema archivístico catalán. Y realmente lo es. Y poco a poco, ahora ya son históricos los documentos de prácticamente los primeros veinte años del siglo XX, por lo que lo que podemos ofrecer es extraordinario. El servicio de consulta de los investigadores del Archivo es bueno. También ha sido un proyecto bonito y bueno el de digitalización del archivo medieval, que costó más de medio millón de euros, pero que merece la pena, porque los investigadores, en lugar de ir a tocar el libro físico, pueden consultar el protocolo digitalizado y hay que confiar que incluso lo podrán hacer en línea. Hay que avanzar en este proyecto. Por otra parte, en el archivo vivo, el intermedio, ha crecido extraordinariamente el número de peticiones de copias y, al haber incorporado, como dice el Reglamento, las notaría amortizadas que incluyen las de Barcelona, Hospitalet y Badalona, está dando una cantidad de trabajo extraordinaria. Son muchas horas imperceptibles, pero la verdad es que enseña, es muy instructivo tener el Archivo y ver cómo trabaja cada notario.

P: ¿Quiénes son sus referentes en el Notariado?

R: En primer lugar, Josep Ma Puig Salellas, con quien tuve muchos puntos de conexión, también ideológicamente, por lo tanto, congeniamos mucho y él confió mucho en mí. Yo no había cumplido todavía los 30 años



y él ya me llamaba al despacho, y me abría la puerta y muchas puertas. Le estoy muy agradecido. También a Juanjo López Burniol, que me preparó para el segundo ejercicio. Le conocí, pues, antes de ser notario. Me hizo ir con él a la Junta Directiva como vocal tercero, en los años 1988 y 1989. Después seguí cuatro años con Robert Follià, que fue mi otro gran referente. Así que, diría que mis "maestros" siempre serán Puig Salellas, López Burniol y Robert Follià. Evidentemente también Pepe Marqueño, tan activo y entusiasta, aunque somos más cercanos en edad. A Raimon Noguera lo conocí y, de hecho, en la Fundación Noguera cubrí la vacante que dejó él al fallecer. Pero no lo traté lo suficiente como para poder considerarlo como un referente personal. Él fundó la Fundación Noguera, pero fue Puig Salellas quien realmente la puso en marcha.

P: Usted es vocal y secretario de la Fundación Noguera. ¿Qué labor lleva a cabo la Fundación Noguera?

R: Es una Fundación privada, independiente del Colegio, por voluntad de Noguera, quien la fundó y dotó, aunque siempre hemos sido vocales en el Patronato solo notarios. Existe una comunicación ideal y muy estrecha entre Colegio y Fundación. La labor de la Fundación es poner en valor los documentos notariales como fuente para la investigación histórica, pero en todos los campos de la historia: la historia social, económica, del arte, del derecho... Llevamos a cabo una labor de ayuda a la investigación en un momento en que la investigación en humanidades es poco valorada por las instituciones, porque la única que cuenta es la biomédica, en informática, o en nuevas tecnologías. Suplimos carencias endémicas de país en cuanto a la ayuda a la investigación en este sentido. Es la tarea que ideó el notario Noguera, que fue secretario de la Junta, decano y archivero. En este sentido, sí le he seguido un poco la estela. Él lo ideó así y nosotros procuramos serle fieles, aunque en los últimos años hemos tenido bastante interés en superar el Renacimiento, en no centrarnos solo en historia medieval, que es lo que casi siempre se había hecho, sino introducir los temas de los siglos XVIII y XIX. Contar con esta Fundación es positivo para el Notariado. Seguramente



el Colegio no podría asumir, la labor de apoyo a la investigación, ya que no es su función gastar dinero pagando a historiadores. Pero, en cambio, el trabajo de la Fundación redonda en beneficio del Notariado, porque el beneficiario último es el protocolo.

La Justicia del siglo XXI tiene que ser una Justicia inteligible, comprensible, más rápida. También debe ser más cercana, profesional, independiente y adaptada a la sociedad

P: ¿Actualmente faltan liderazgos claros?

R: Faltan liderazgos y referentes en todos los ámbitos de la sociedad. Seguramente es un efecto colateral de la sociedad postmoderna o de la crisis económica. Faltan referentes en todos los niveles: hay poco liderazgo a nivel político, a nivel económico, a nivel corporativo, en el Notariado... No sé hasta qué punto nosotros, los que tenemos ya sesenta años, servimos de referente a los que tienen treinta o cuarenta. Cuando eres miembro de Junta tienes mucho contacto con todo el mundo, con los jóvenes que toman posesión y con los más instalados, pero cuando no estás, vas perdiendo ese contacto. Es una lás-

tima que no haya realmente una mayor relación entre todas las generaciones.

P: Y ya para terminar, ¿cómo cree que debe ser la Justicia del siglo XXI?

R: La Justicia del siglo XXI debe ser, sobre todo, una Justicia inteligible, comprensible. Eso significa una justicia, evidentemente, con jueces bien formados, pero que toquen de pies en el suelo y que sepan cómo ve la sociedad las leyes y cómo las vive. La Administración de Justicia debería ser más rápida, pero los jueces no tienen que correr. Tienen que pensar, meditar y dictar sentencia a conciencia, cuando están convencidos de que tienen el tema muy estudiado. Si el Estado hubiera puesto en la Justicia la quinta parte de lo que ha invertido en el Catastro y Hacienda, hoy en día funcionaría infinitamente mejor. No ha habido interés. Lo que no tiene sentido es que todavía hablemos de si la copia es ejecutiva o no es ejecutiva para evitar que ¡haya dos demandas simultáneas sobre el mismo tema! La Justicia necesita una inversión en medios materiales y humanos muy importante y, a partir de ahí, debe ser más cercana, profesional, independiente, más rápida –la Administración, no el juez en sí– y, sobre todo, adaptada a la sociedad. Por otro lado, no somos los ciudadanos los que tenemos que pasar por el aro de la ley; es la ley la que debe adaptarse a los ciudadanos. Pero eso no es tema del juez, sino del legislador...

La financiación de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: crónica de un desacierto legislativo

José Manuel Ventura Ventura *

Profesor Contratado Dr. Derecho Civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO

- I. EL CAMBIO DE RUMBO EN LA FINANCIACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA.
- II. LA SITUACIÓN DERIVADA DEL REAL DECRETO 1657/2012, DE 7.12.
- III. LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO.
- IV. LA LEY 21/2014, DE 4.11.
- V. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO C-470/14.
- VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9.6.2016 (SALA 4.^a - ASUNTO C-470/14).
- VII. LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE



JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9.6.2016.

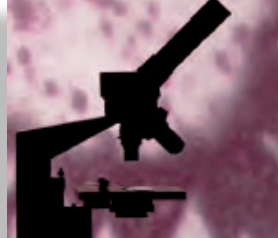
1. Breve referencia a las impresiones políticas.
2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10.11.2016 [Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a].

VIII. LA NUEVA NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL CAMBIO DE RUMBO EN LA FINANCIACIÓN DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA

El punto de partida de este trabajo se sitúa, necesariamente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 21.10.2010 (Sala 3.^a), recaída en el conocido como “caso Padawan” ⁽¹⁾, algunos de cuyos pasajes



más importantes serán recordados en lo sucesivo.

La Ley 2/2011, de 4.3, de Economía Sostenible, previó en su disposición adicional 12.^a que la regulación de la compensación equitativa por copia privada se modificaría por el Gobierno, mediante Real Decreto (en adelante, RD), en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor (que tuvo lugar el 6.3.2011), lo que habría de hacerse “*con plena conformidad al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea*”. Sin embargo, tal previsión temporal no se cumplió y la modificación anunciada no llegó a producirse. Fue sólo a finales de ese año, mediante el Real Decreto-ley 20/2011 (en adelante, RDL), de 30.12 ⁽²⁾, cuando se iba a producir un vuelco notable en la regulación de la compensación equitativa por copia privada ⁽³⁾. La disposición adicional 10.^a de esa norma se ocupó del asunto, diciendo en su ap. 1 lo siguiente: “*Se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (...), con los límites establecidos en el artículo 31.2 de la misma Ley*”. Considerada de forma aislada ⁽⁴⁾, esta desgraciada literalidad pudo inicialmente llevar a pensar que el legislador español dejaba de permitir —o sea, *derogaba*— la excepción al derecho exclusivo en que consiste la llamada “copia privada” ⁽⁵⁾, que necesariamente conlleva la exigencia y percepción por los titulares de los derechos de una *compensación equitativa*, por imperativo del art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. No se olvide, en efecto, que tal precepto contempla dicha excepción como *facultativa*, por lo que la desafortunada redacción de la norma española permitía pensar que en adelante (o sea, desde el 1.1.2012, fecha de entrada en vigor del RDL que la incorporaba) incurriría en ilícito civil quien llevara a cabo una reproducción para uso privado sin la autorización del titular del derecho. La norma literalmente se refería a una *supresión con límites*, mas la lectura de los aps. 2 y 3 de la misma disposición adicional (y hasta el párrafo alusivo a la compensación equitativa que figuraba en el ap. II del Preámbulo del RDL 20/2011) autorizaba a concluir que la excepción se mantenía ⁽⁶⁾, si bien cambiaba el sistema de pago de la obligada compensación equitativa vinculada a ella, con la aparición de una suerte de deudor “universal” ⁽⁷⁾. Esta previsión llevaba inevitablemente al intérprete a preguntarse si, recordando lo previsto por la disposición

FICHA TÉCNICA



Resumen: Es sabido que los titulares de los derechos de propiedad intelectual tienen derecho a percibir una compensación como contrapartida al límite a su derecho exclusivo de reproducción en que consiste la llamada “copia privada”. Mediante el Real Decreto-ley 20/2011, el Gobierno español puso a cargo de los Presupuestos Generales del Estado la financiación de esa compensación. Recurrida la norma reglamentaria de desarrollo de tal sistema por algunas Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual, el Tribunal Supremo planteó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La contestación ofrecida por este a la 1.^a de ellas bastó para acceder a la pretensión de las demandantes de que se declarase la nulidad de la norma española.

En consecuencia, resultaba necesario adoptar un nuevo marco legal en el que se hiciera patente el vínculo entre el beneficio que supone el límite aludido y la obligación de financiar dicha compensación. Esa necesidad se vio cumplida con la promulgación del Real Decreto-ley 12/2017, de 3.7, que además de establecer una regulación transitoria de la compensación, sienta las bases para la determinación de su cuantía en un posterior desarrollo reglamentario, y, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, contempla tanto la exceptuación a favor de ciertas personas del pago de la compensación como la posibilidad de su reembolso ex post.

Palabras clave: propiedad intelectual, derecho de reproducción, límites al derecho de reproducción, copia privada, compensación equitativa por copia privada

Abstract: It is known that the holders of intellectual property rights are entitled to receive a compensation in return for the limit of their exclusive right of reproduction that is the so called “private copying”. Royal Decree-Law 20/2011, established by the Spanish Government, made the General State Budget responsible for the funding of this compensation. Since some management entities of intellectual property rights appealed against the regulation on the development of such a system, the Supreme Court set out two pre-trial issues to the Court of Justice of the European Union. The answer that the Court of Justice gave for the first issue was enough to agree to the petitioners’ claim to declare the Spanish regulation null and void.

It was therefore necessary to adopt a new legal framework in which there is a clear link between the benefit entailed by the limitation concerned and the obligation to finance this compensation. This need was fulfilled with the enactment of Royal Decree-Law 12/2017 of 3 July, which, in addition to establishing a transitional regulation on compensation, lays the groundwork for the determination of its amount in subsequent regulatory instruments, and, in accordance with Community jurisprudence, includes both the exemption of certain persons from payment of compensation and the possibility of its ex post reimbursement.

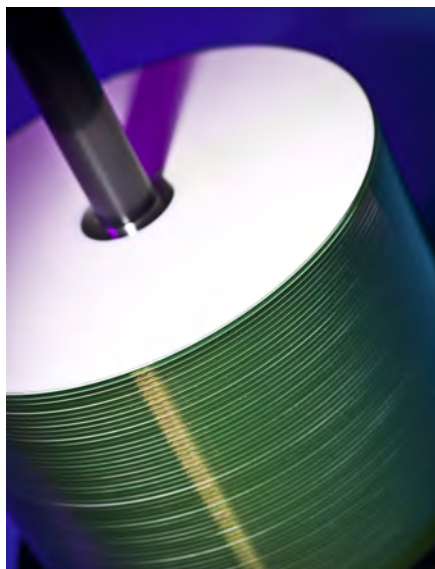
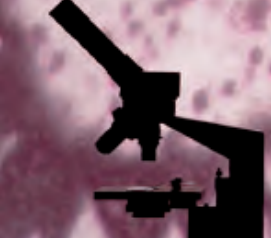
Keywords: Keywords: intellectual property, right of reproduction, limits to the right of reproduction, private copying, fair compensation for private copying

adicional 12.^a de la Ley 2/2011, la regulación reglamentaria que había de dictarse —cfr. ap. 2 de la disposición adicional 10.^a del RDL 20/2011— desde ese nuevo punto de partida iba a ser *plenamente* conforme al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea.

Esa regulación reglamentaria debía ir precedida del dictamen del Consejo de Estado. La Comisión Permanente del mismo debe ser consultada, en efecto, cuando se pretenda dictar un reglamento o disposición de carácter general “*en ejecución de las Leyes*”, según el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado. Importa aquí recordar que los Decretos-leyes tienen *rango o fuerza de ley* en los términos previstos en el art. 86.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), esto es, una vez han sido *convalidados* por el Par-

lamento. El Acuerdo de convalidación del RDL 20/2011 recayó el 11.1.2012, habiéndose publicado en el BOE el 17.1.2012 ⁽⁸⁾. En consecuencia, puede decirse que el dictamen del Consejo de Estado, aprobado el 29.11.2012, era *obligado*, pues la norma reglamentaria que había de dictarse iba a servir para la ejecución de una norma asimilada a una Ley.

El Proyecto de RD —remitido al Consejo de Estado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte— que venía a desarrollar reglamentariamente las previsiones del ap. 2 de la disposición adicional 10.^a del RDL 20/2011 previó, como era obligado en virtud del principio de jerarquía normativa, un sistema de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En el *Preámbulo* del mismo ⁽⁹⁾ se precisaba que “*La normativa europea no regula explícita-*



mente el régimen jurídico de la compensación equitativa por copia privada”, haciéndose alusión a la Sentencia Padawan y a la recaída en el caso *Stichting de Thuiskopie*, de 16.6.2011 (Asunto C-462/09), respecto a la que se decía que “ha reconocido a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para determinar quién debe abonar esta compensación equitativa”, en referencia a la exigible por el límite de copia privada.

En el ap. IV de su Dictamen ⁽¹⁰⁾, el Consejo de Estado vino a precisar que “A nivel legislativo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 recaída en el caso Padawan puso de manifiesto la necesidad de modificar el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, a fin de matizar y perfilar determinadas previsiones que habían sido aplicadas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en forma contraria a la Directiva 2001/29/CE”, añadiendo que “el respeto a los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia tan sólo exigía precisar con detalle en la legislación española de propiedad intelectual los supuestos en que dicho canon —según la doctrina Padawan— no puede exigirse”. No quedaron ahí las apreciaciones del órgano consultivo, pues en el ap. V del mismo Dictamen precisó que “La sustitución del canon fijo por copia privada por una compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, impuesta en la disposición adicional décima del Real Decreto ley 20/2011, pretende acabar con lo que el Gobierno —no el Tribunal de Justicia de la Unión europea,

como se ha dicho— considera una aplicación indiscriminada de dicho canon a los usuarios privados que adquieren equipos, aparatos o soportes materiales de reproducción para utilizarlos con fines exclusivamente privados”, arguyendo finalmente —tras consideraciones que aquí no se reproducen, pero que son igualmente interesantes— que “No obstante, en ese mismo pronunciamiento [en referencia a la sentencia de 16 de junio de 2011, recaída en el caso *Stichting de Thuiskopie* c. *Opus Supplies Deutschland GmbH* y otros, asunto C-462/09] el Tribunal de Justicia, partiendo de que “la Directiva 2001/29 no regula explícitamente la cuestión de quién debe pagar dicha compensación”, advierte que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para determinar quién debe abonar esta compensación equitativa” (considerando 23). Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que el régimen comunitario de compensación equitativa no se encuentra cerrado, el modelo de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado podría entenderse amparado en el Derecho de la Unión Europea”.

Esta argumentación fue empleada por la codemandada Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Comunicaciones y de los Contenidos Digitales (en adelante, AMETIC) en el proceso ante el TJUE derivado del planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Pero es sumamente importante reparar, asimismo, en que el Consejo de Estado advirtió también, antes del último párrafo transcrito, que “Podría discutirse si la “aplicación indiscriminada” que la norma proyectada aspira a evitar no se alcanzará en un grado superior haciendo que la compensación equitativa, (...), recaiga sobre todos los ciudadanos, también en aquellos que no hacen uso de los dispositivos de reproducción, máxime cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que los deudores de la compensación equitativa deben ser “en principio” los usuarios privados, es decir, quienes adquieren tales dispositivos de reproducción (Sentencia de 16 de junio de 2011, *Stichting de Thuiskopie* contra *Opus Supplies Deutschland GmbH* y otros, asunto C-462/09)”.

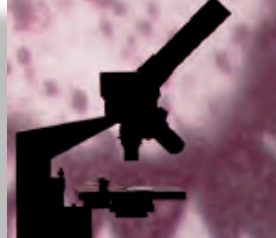
El Consejo de Estado terminó informando ⁽¹¹⁾ que el Ministerio de Educación,

Cultura y Deporte podía elevar el proyecto de RD al Consejo de Ministros para su aprobación, siempre que considerase las observaciones sobre el contenido del mismo que el órgano consultivo hacía en su Dictamen, si bien con la habitual salvedad final, recogida en la fórmula “V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado”. Teniendo en cuenta los términos definitivos en que quedó redactado, juzgue el lector, de conformidad con cuanto se ha dicho, acerca de la siguiente afirmación que aparece en la Parte Expositiva del RD 1657/2012: “En su virtud, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, (...), de acuerdo con el Consejo de Estado (...)”.

II. LA SITUACIÓN DERIVADA DEL REAL DECRETO 1657/2012, DE 7.12

Con estos antecedentes, casi un año después de haberse previsto su dictado por la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011, vio la luz el RD 1657/2012, de 7.12 ⁽¹²⁾, por el que se reguló el procedimiento de pago de la compensación equitativa con cargo a los PPGGE. Ese mismo día, el Ministerio emitió una Nota de Prensa ⁽¹³⁾ en la que, entre otras cosas, se decía lo siguiente: “Con este sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que hoy se desarrolla, la repercusión en el ciudadano es progresiva y muy reducida. El Gobierno ha considerado que los ciudadanos pueden beneficiarse así del límite de copia privada como contraprestación a una parte de los impuestos que satisfacen”.

Aunque la citada disposición adicional estaba en el “punto de mira” de las Entidades de Gestión (en adelante, EEGG) desde su llegada al ordenamiento jurídico, no fue hasta después de la entrada en vigor del RD 1657/2012 cuando la pusieron indirectamente en tela de juicio ⁽¹⁴⁾, al interponer algunas de ellas (EGEDA, DAMA y VEGAP) recurso contencioso-administrativo ⁽¹⁵⁾ contra el mismo, recurso que puede deducirse ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (en adelante, TS) contra “Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno” [art. 12.1.a) LJCA], si bien en única instancia, de tal suerte que contra la sentencia que se dictara por dicha Sala en este caso no cabía recurso alguno.



¿Cuáles fueron los motivos de la impugnación? Las EEGG demandantes fundamentaron su impugnación en dos grupos de argumentos: de un lado, en razones de Derecho interno español, subdividiéndolas entre las de índole constitucional⁽¹⁶⁾ y las de mera legalidad ordinaria; y, de otro, en razones de Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE). No entraré aquí en el análisis de las primeras⁽¹⁷⁾, al haber planteado el TS las cuestiones prejudiciales a que aludiré y haber sido contestada la primera de ellas por el TJUE en un sentido que hacía *previsible* que el TS no planteara ya ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) *cuestión de inconstitucionalidad* alguna (cfr. art. 163 CE) relacionada con la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011. Y es que el TS razonó que no procedía abordar los reproches de inconstitucionalidad de esa norma, que dio cobertura al RD 1657/2012, sin antes dilucidar su compatibilidad con el Derecho de la UE, pues de plantear con carácter previo la aludida *cuestión* podría resultar que, declarada eventualmente por el TC la constitucionalidad de la disposición adicional 10.ª, se revelara esta, a continuación, contraria a aquel otro ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva derivada de su contraste con el Derecho europeo, las demandantes argüían en primer lugar que dicha disposición resultaba contraria al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, tal como ha sido interpretado por el TJUE en las sentencias *Padawan* (C-467/08) de 21.10.2010, *Stichting de Thuiskopie* (C-462/09) de 16.6.2011 y *Amazon* (C-521/11) de 11.7.2013, que exigen que sea el usuario, hacedor de la copia privada, quien soporte efectivamente el coste de la compensación equitativa.

Importa también significar que las demandantes encontraban un segundo motivo para discutir la adecuación al Derecho de la UE del sistema español. Entendían, en efecto, que la redacción del art. 3.1 del RD 1657/2012 venía a implicar la inexistencia de un criterio *objetivo* de cálculo del perjuicio causado por la realización de copias privadas, lo que hacía que la compensación a percibir no pudiera considerarse *equitativa*, pues el mismo previó que la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de los derechos de reproducción por las copias privadas se había de determinar “dentro de los límites presu-



puestarios de cada ejercicio”. Y ello, pese a que la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 exige expresamente en su ap. 3 que “La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”. Lógicamente, como no podía ser menos, la norma reglamentaria de desarrollo contemplaba también esta previsión en su art. 3.2 (diciendo, literalmente, que la cuantía de la compensación se calculará “sobre la base del perjuicio efectivamente causado”), pero el condicionante representado por su art. 3.1 fue el que inclinó al TS a plantear al TJUE la segunda de las cuestiones prejudiciales.

Por las razones aludidas, las demandantes solicitaron del TS *subsidiariamente*⁽¹⁸⁾ la declaración de *nulidad* del RD 1657/2012, al entender que vulneraba lo previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Tal RD se ha venido aplicando desde su entrada en vigor⁽¹⁹⁾, y con base en el mismo se han dictado las órdenes ministeriales que han disciplinado el pago de la compensación equitativa en los ejercicios de 2012 a 2015⁽²⁰⁾.

III. LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Importa mucho recordar aquí que el Consejo de Estado advirtió —en su Dic-

tamen n.º 1064/2013— que la Comisión Europea había efectuado unas *observaciones* en agosto de 2013, a la vista del Anteproyecto que le fue remitido, observaciones que a fecha 20.9.2013 “estaban pendientes de responder” por las autoridades españolas. Acerca de este concreto punto conviene destacar que en el Auto de 10.9.2014, por el que el TS planteó las cuestiones prejudiciales que dieron lugar al Asunto C-470/2014, aparece reflejada la opinión que tales *observaciones* merecieron a dos EEGG⁽²¹⁾. Dicha resolución, en efecto, hace referencia al escrito de alegaciones presentado por las mismas, en el que estas recordaron las siguientes palabras literales de las *observaciones* de la Comisión Europea: “Los apartados 1 y 3 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, en su versión modificada por el proyecto notificado, estipulan que la compensación para actos de copia privada se remunere con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La Comisión Europea ya está debatiendo esta cuestión con las autoridades españolas en el contexto de un diálogo iniciado con anterioridad a la notificación del Anteproyecto de Ley objeto de debate”. Y añadían las alegantes también el siguiente párrafo: “Por ello, la Comisión invita a las autoridades españolas a explicar cómo se cumplirá el requisito de que la carga de financiar la compensación equitativa recaiga sobre los responsables del daño según establece el TJUE (véase en concreto la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el asunto C-467/08 SGAE contra Padawan)



en un sistema en el que la compensación equitativa se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado". Ignora quien esto escribe la contestación de las autoridades españolas a tal invitación —y hasta el hecho mismo de si llegó a producirse—, aunque de lo alegado por el Abogado del Estado frente a la pretensión de las demandantes en el recurso contencioso-administrativo pueda inferirse cuál fue.

El TS, por su parte, adelantó que *"Del pasaje transcrito [en referencia justamente al que figura en el párrafo anterior] parece desprenderse que, en opinión de la Comisión, cualquiera que sea el sistema adoptado para hacer efectiva la compensación equitativa es preciso que la carga económica recaiga sobre los responsables del daño"*, y que *"Esta opinión, aun no teniendo carácter vinculante, apoyaría la posición de las demandantes y de las otras dos entidades mencionadas [en referencia a AIE y SGAE]"*.

Y se decidió el TS a plantear las cuestiones prejudiciales basándose en un argumento en absoluto desdeñable: la constatación de que la atenta lectura de las Sentencias *Padawan*, *Stichting de ThuisKopie* y *Amazon* no revelaba claramente que la exigencia de que la compensación equitativa fuera sufragada por los causantes del daño resultara aplicable únicamente a los casos en que el sistema instaurado al respecto en un Estado fuera el de *canon*. Y ello en razón de que la alusión a este concreto sistema en esas Sentencias se hacía con posterioridad a

la aseveración del TJUE de que eran tales causantes quienes debían compensar a los titulares de los derechos.

Conviene significar que tal Ley debía ir precedida del Dictamen de su Anteproyecto por el Consejo de Estado (en Pleno), que es preceptivo cuando aquella haya de dictarse en cumplimiento del Derecho comunitario europeo.

El tenor de las cuestiones prejudiciales planteadas fue el siguiente: A) *¿Es conforme al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas?*; B) *Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?*

IV. LA LEY 21/2014, DE 4.11

Volviendo ahora al primero de los argumentos utilizados por las EEGG demandantes, conviene dar cuenta de otro dato legislativo, aunque sea posterior en el tiempo ⁽²²⁾ a la interposición del recurso (datada, como quedó dicho, el 7.2.2013) del que derivó el planteamiento de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar al asunto C-470/2014: la promulgación de la Ley 21/2014, de 4.11 ⁽²³⁾. En el ap. III de su Exposición de Motivos se insistía en que *"La financiación de esta compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquélla y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite, de obras protegidas"*, añadiéndose que *"Dicha vinculación queda prevista legal-*

mente al determinarse aquellas copias que no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado o al fijarse determinadas situaciones en las que se producirá un daño o perjuicio mínimo"; y, en fin, se decía también que *"Asimismo, el citado vínculo se hará patente cuando reglamentariamente se desarrollen los criterios a tener en cuenta en el procedimiento de cuantificación y liquidación de la compensación equitativa para consignar anualmente dicha cuantía que después se referirá"*. Llama la atención, ciertamente, el carácter *futurible* que se atribuye ahí al desarrollo reglamentario, como si el RD 1657/2012 no se hubiera dictado y hubiera entrado en vigor ya por entonces.

Conviene significar que tal Ley debía ir precedida del Dictamen de su Anteproyecto por el Consejo de Estado (en Pleno), que es preceptivo cuando aquella haya de dictarse en cumplimiento del Derecho comunitario europeo ⁽²⁴⁾, lo que ocurría en este caso, al pretenderse mediante la misma la transposición de las Directivas mencionadas *supra*, nota 23. Pues bien, en su Dictamen ⁽²⁵⁾ el Consejo de Estado recordó algunos de los extremos que se expresaban en la *Memoria del Análisis de Impacto Normativo* ⁽²⁶⁾ que acompañaba al Anteproyecto —fecha el 1.10.2013— sobre el que había de dictaminar. Y, respecto al límite de la copia privada, en esa *Memoria* se decía, entre otras cosas, que *"la regulación comunitaria, junto con las interpretaciones que ha realizado el TJUE en los asuntos C-462/09, asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11 y asunto C-521/11, entre otros, no imponen la existencia de un único modelo de financiación de la compensación equitativa a través de un sistema de «canon», y por tanto, el sistema de financiación de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, establecido en el Real Decreto-ley 20/2011 y desarrollado por el Real Decreto 1657/2012, se encuadra dentro del margen que la Directiva 2001/29/CE concede a los Estados miembros"*. Añadía también la *Memoria* —siempre según resulta del Dictamen del Consejo de Estado— que *"los Estados miembros encuentran en la Directiva 2001/29/CE una obligación de resultado, si bien la armonización con respecto a los sistemas de financiación es limitada. Dentro de este margen de libertad que se concede a los Estados miembros, la actual regulación española, que además tiene carácter transitorio hasta que se pro-*

duzca la armonización comunitaria, no infringiría preceptos comunitarios”.

A la vista del sentido de la STJUE en el asunto C-470/2014 —a la que me referiré *infra*, VI.— resulta curioso ahora constatar cómo la Memoria que acompañaba al Anteproyecto de Ley también decía que “Dentro de los criterios comunes exigibles a cualquier sistema ⁽²⁷⁾, del apartado 40 de la Sentencia Padawan ⁽²⁸⁾ se infiere la obligación de interpretación uniforme para cualquier sistema de financiación de la compensación equitativa, señalando que “debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor” y continúa en el apartado 42 declarando que “la compensación equitativa debe calcularse sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción por copia privada””. No obstante ello, se precisaba que “El sistema de financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado cumple con la legislación comunitaria en la medida en la que el Real Decreto 1657/2012 regula un procedimiento en el que se permite determinar el daño causado a los titulares de los derechos, y su posterior compensación, procedimiento que en todo caso debe respetar el principio de equidad ⁽²⁹⁾”. Mas la apelación que se hizo en la Memoria a la Sentencia Padawan debe ser entendida en sus justos términos, pues respecto a ella en tal documento también se dijo, con carácter previo a la afirmación últimamente transcrita, que “el vínculo entre las personas que ocasionan el perjuicio mediante actos de reproducción de obras u otros contenidos para uso privado y las personas que financian la compensación pagada a los titulares de derechos en concepto de ese perjuicio constituye un criterio propio del sistema de financiación basado en el “canon”, tal y como puede concluirse de la línea seguida por el TJUE en el asunto C-467/08. El objeto de esta sentencia se centraba en determinar la adecuación a derecho europeo del sistema de financiación de la compensación equitativa por copia privada a través de “canon” anteriormente vigente en España, por lo que su doctrina sobre el referido vínculo no es posible extrapolarla a otros sistemas de financiación, al haberse construido sobre la base del enjuiciamiento de un sistema de canon. Consecuentemente, la memoria no considera necesario que el Anteproyecto recoja ese vínculo, pues entiende que no es propio de un sistema de financiación con cargo a los presupuestos”. Así pues, en la interpretación de tal Sen-



tencia que hacía la Memoria, lo único común a cualquier sistema de financiación de la compensación equitativa era que su cuantía debía estimarse con base en el criterio del perjuicio sufrido por los autores, sin atender, por tanto, a la persona del potencial dañador o perjudicador.

Una de esas novedades era la reducción del ámbito del límite de la copia privada, para lo que resultaba necesario dar nueva redacción al art. 31.2 TRLPI, que pasó a aparecer presidido por una nota claramente restrictiva.

El Consejo de Estado ⁽³⁰⁾, tras constatar que las sentencias sobre la materia de la copia privada dictadas por el TJUE habían sido interesadamente alegadas por muchas entidades que habían intervenido en la tramitación del expediente, y, asimismo, que algunos de sus extremos habían sido destacados en la Memoria como apoyo posible de las opciones normativas acogidas en el Anteproyecto, reparó en “algunos de los más relevantes pronunciamientos del TJUE”. Ciertamente, no era la primera vez que los examinaba, y refiriéndose a las sentencias dictadas en los casos Padawan y Stichting de Thuiskopie recordó sus propias palabras ⁽³¹⁾: “(...) las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre de 2010 (Caso Padawan, asunto C-467/08) y de 16 de junio de 2011 (caso Stichting de Thuiskopie, asunto C-462/09),

examinaron diversos extremos relacionados con el régimen de compensación por copia privada previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29, sin que en ninguna de ellas se afirmara, de manera inequívoca, que el sistema de la compensación equitativa abonada a los titulares de los derechos de autor en concepto de excepción de copia para uso privado (“canon por copia privada”) tuviera una única posible configuración; antes al contrario, las referidas sentencias reconocieron el margen de apreciación y de libertad que a tal respecto corresponde a los Estados miembros, como puede inferirse de los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29/CE”. Asimismo, el Consejo de Estado recordó lo que ya había dicho en su Dictamen n.º 1260/2012 ⁽³²⁾, que no reiteraré aquí por haber transcrito ya los párrafos del mismo más relevantes referidos al tema. Luego de examinar importantes afirmaciones de las Sentencias dictadas por el TJUE el 27.6.2013 —en los asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11 (VG Wort contra Kyocera)— y el 11.7.2013 —en el asunto C-521/11 (Amazon contra Austro-Mechana)—, el Consejo de Estado, precisando que “De las anteriores sentencias resultan notas reveladoras de la configuración del sistema de la compensación equitativa (...), que han de ser tenidas necesariamente en cuenta para valorar si el Anteproyecto es acorde o no con el Derecho de la Unión Europea”, entró a examinar las principales novedades que incorporaba el Anteproyecto de Ley.

Una de esas novedades era la reducción del ámbito del límite de la copia privada, para lo que resultaba necesario dar nue-



va redacción al art. 31.2 TRLPI, que pasó a aparecer presidido por una nota claramente restrictiva ⁽³³⁾. Importa significar, en este orden de cosas, que resulta muy llamativo que en el ap. III de la Exposición de Motivos de lo que es hoy la Ley 21/2014 se diga que “Puesto que a partir del 1 de enero de 2012 la compensación por copia privada se viene abonando con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, resulta preciso y urgente realizar algunos ajustes legales”. Pues bien, para identificar las circunstancias constitutivas del límite legal de copia privada, en la Memoria se dio al art. 31.2.a) del TRLPI la siguiente redacción: “Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales”, justificándose en ese documento tal redacción con el argumento de que la misma derivaba “de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a la sentencia Padawan”.

Mas el Consejo de Estado, a la vista de tal sentencia, advirtió que en realidad “puede entenderse que lo que se efectúa en ese apartado no es tanto una adaptación de nuestro ordenamiento a su doctrina, cuanto una adaptación al sistema derivado del Real Decreto-ley 20/2011, del que resulta la reducción del ámbito subjetivo del límite de copia privada (...)”. Y añadió lo siguiente: “La diferente lógica del sistema de canon por copia privada basado en el gravamen sobre soportes, equipos y aparatos y el de compensación con cargo a presupuestos se advierte en este punto con claridad. Según el TJUE, en el sistema de canon existe una necesaria vinculación

entre la aplicación del canon en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y la utilización de éstos para realizar reproducciones privadas”. Importa sobremanera destacar estas afirmaciones, habida cuenta de que, después de transcribir en su Dictamen los aps. 53 a 56 de la Sentencia Padawan, el órgano consultivo apreció que “El elemento relevante, en suma, no era la realización de la copia sin autorización en sí misma considerada, sino la puesta a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados de los equipos aptos para la realización de las copias”.

Una nueva remisión a esa Sentencia —transcribiendo esta vez sus aps. 57 y 58— permite al Consejo de Estado concluir sobre este particular lo siguiente: “Resulta así que para el TJUE lo relevante en el sistema de compensación equitativa basado en el canon, por la excepción de copia privada, era la puesta a disposición de personas físicas de equipos para fines privados, siendo lo relevante el potencial daño que pudiera causarse, ligado a la potencial realización de copias con un equipo apto para ello, y no que se hicieran efectivamente copias privadas”, mientras que “El Anteproyecto prescinde de los criterios anteriores, pues atiende a la efectiva realización de la copia por una persona física para su uso privado. Se omite, así, el elemento del «posible daño» para la determinación de la cuantía de la compensación equitativa”. Y todavía interesa reflejar, en fin, una última consideración que hizo el Consejo de Estado en relación con el ámbito subjetivo del límite de copia privada, pues al último párrafo transcrito añadió el siguiente: “En relación con este extremo, debe observarse además que este artículo 31.2.a) excluye del concepto de copia privada aquellas que se lleven a cabo por una persona física, parafraseando el precepto, “para su uso (...) profesional o empresarial y con fines directa ni indirectamente comerciales”. A la vista de la Sentencia Padawan no parece que la construcción del artículo 31.2.a) se ajuste, también en este punto, a lo en ella resuelto, habida cuenta de que podría entenderse que lo que trata de vedarse por la jurisprudencia europea es que puedan incluirse en la copia privada las realizadas para su difusión o uso colectivo en entornos profesionales o empresariales, al margen de la finalidad, por lo que el empleo en este ámbito del término “profe-

sional” como contrapuesto a “privado” no resulta claramente adecuado” ⁽³⁴⁾.

La razón de los ajustes a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 se relaciona claramente con la estimación del daño causado por la copia privada. En efecto, desde el 1.1.2012 (fecha en que entró en vigor el RDL 20/2011) hasta el 9.12.2012 (fecha en que lo hizo el RD 1657/2012, que desarrolló la disposición adicional 10.ª de aquél) por copia privada había de entenderse lo que el art. 31.2 TRLPI de entonces rezaba: “No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161 ⁽³⁵⁾. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador”.

Hay que recordar que el art. 3.4 del RD 1657/2012 contemplaba, a los efectos de lo dispuesto en el mismo, tres concretos supuestos que no tenían la consideración de reproducciones para uso privado, lo que se preveía “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”. Conviene recordar también, en este orden de cosas, que en su Dictamen n.º 1260/2012 el Consejo de Estado dijo literalmente que el art. 3.4 del entonces Proyecto de RD “reproduce lo ya prescrito por el vigente artículo 10 del Real Decreto 1434/1992 ⁽³⁶⁾, de 27 de noviembre, dictado en desarrollo del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual”. Lo cierto, con todo, es que el tercero de los supuestos previstos en el precepto proyectado ⁽³⁷⁾ no figuraba en el RD de 1992. Ese supuesto era el siguiente: “Las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas”, redacción basada en la tercera de las declaraciones que hizo el TJUE en la Sentencia Padawan.

Los ajustes se hicieron con una intención muy clara, puesto que la disposición



transitoria 2.^a del propio RD 1657/2012 se ocupaba de regular la *compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio de 2012*, y su ap. 1 previó que “El Ministro de Educación, Cultura y Deporte, en cumplimiento de las obligaciones derivadas de este real decreto determinará la compensación equitativa por copia privada correspondiente a 2012, con base en lo previsto en la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y a lo dispuesto en este real decreto”⁽³⁸⁾. La situación, pues, podía resumirse diciendo que cuantas más copias dejaran de tener la consideración de *privadas*, menor iba a ser el perjuicio ocasionado a los titulares de los derechos implicados y, por consiguiente, menor el importe de la correspondiente partida de los PPGGE destinada a indemnizarlos. Esta idea se reflejó en las críticas que al Anteproyecto se hicieron por parte de los alegantes, quejándose precisamente de la reducción del ámbito de la copia privada.

El Consejo de Estado terminó por decir lo siguiente⁽³⁹⁾: “Ha sido destacado, en línea con anteriores dictámenes, que el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado podría ser admisible y podría encajar en el Derecho europeo —aunque ha de destacarse que no tiene paralelo en ningún otro Estado miembro, pudiendo encontrarse en vigor en países como Noruega o Turquía, y no puede obviarse la potencial afectación del mercado interior—, siempre y cuando se tengan en cuenta los elementos de especial significación que forman parte del sistema europeo, establecido en la Directiva 2001/29/CE y que son fundamentales para la eficacia misma del sistema”. Con todo, se cuidaba mucho el Consejo de Estado de advertir que en orden a tal admisibilidad debían tenerse en cuenta dos elementos de especial significación: el primero se relacionaba con el carácter equitativo de la compensación, insistiendo el órgano consultivo —con recuerdo de la doctrina derivada de las SSTJUE en los casos *VgWort* contra *Kyocera* y *Amazon* contra *Austro-Mechana*— en que “deben extremarse las cautelas en la definición del límite de copia privada y en la correlativa implantación del sistema de compensación equitativa por copia privada, pues la incorrecta aplicación de la excepción de copia privada, esto es, la inexacta definición de sus perfiles, no permite obviar el derecho de los titulares a la compensación equitativa”, añadiendo que “una restricción



extrema de los casos legítimos de copia privada puede tener el efecto perverso de promover un hábito de la descarga que se sitúe al margen de lo legal (...)”⁽⁴⁰⁾. El segundo elemento a considerar enlazaba, a su vez, con el segundo de los argumentos utilizados por las demandantes de la nulidad del RD 1657/2012, pues apuntaba a las especificidades derivadas de la configuración presupuestaria de la compensación equitativa. En este sentido, el Consejo de Estado recordó que ADEPI (Asociación para el Desarrollo de la Propiedad Intelectual), en las alegaciones hechas en el trámite de audiencia pública del Anteproyecto, había apuntado que “los créditos presupuestarios son limitativos (artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria –LGP–)”; y que “Ello obligaría, en el caso de la fijación de una cuantía en los Presupuestos para la compensación equitativa que, eventualmente, no alcanzara el nivel adecuado de compensación exigido por el Derecho europeo, a acudir a alguno de los mecanismos de modificación de los créditos presupuestarios previstos en la LGP (artículos 51 y ss.), como las transferencias o los créditos extraordinarios o suplementos de crédito”. Por eso, concluyó el órgano consultivo afirmando que “Esta situación, que no es en absoluto descartable, supondrá de producirse, a juicio del Consejo de Estado, una tensión en el sistema de compensación equitativa que no es deseable”; y que “En definitiva, debe revisarse la configuración que el Anteproyecto hace de estas dos relevantes materias en los artículos 25 y 31 de la LPI a fin de garantizar su ajuste con el Derecho europeo, en los términos en que ha sido in-

terpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

(...) el tiempo y la STJUE de 9.6.2016 (Sala 4.^a) han venido a hacer realidad tales reservas del Consejo de Estado. Y ahora -como se apuntará infra, VIII- ha sido necesario volver a empezar, dando marcha atrás y corrigiendo los errores cometidos.

Pero aún volvería el Consejo de Estado sobre estas ideas⁽⁴¹⁾, que conviene reproducir a continuación en lo pertinente. Tras recordar, a propósito de la Sentencia *Padawan*, que “el TJUE, sin embargo, no obligaba a alterar en lo esencial el sistema de compensación equitativa basado en un canon sobre equipos y aparatos, sino que proscribió su implantación y exigencia indiscriminadas”, insistió en que “la plasmación en el texto dictaminado de ese sistema de compensación con cargo a Presupuestos presenta elementos de dudosa conformidad con el Derecho europeo”, advirtiendo, de paso, que “la reducción drástica del ámbito permitido de la copia privada que se efectúa en el art. 31.2 de la LPI, tiene un efecto directo y constatable en la cuantía de la compensación equitativa, que se reducirá notablemente, como resulta de la fijación a priori en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de una cantidad en tal concepto de compensación equitativa. Esa previsión presupuestaria, si no va configurada de manera que permita alcanzar la equidad de la compensación en cada ejercicio, puede obligar a



tramitar modificaciones de créditos anualmente, que previsiblemente obedecerán a la insuficiencia, y correlativa falta de adecuación, de la compensación inicialmente prevista". A mayor abundamiento, y a propósito de las consecuencias que se derivaban de la reducción proyectada del ámbito de la copia privada, apuntó que debía tenerse en cuenta que *"aun cuando la normativa y jurisprudencia europea deja un amplio margen a los Estados miembros, les impone una obligación de resultado, relativa al carácter necesariamente equitativo de la compensación a los titulares de derechos de propiedad intelectual"*; y completó su pensamiento al respecto precisando que *"En definitiva, la reforma de los artículos 25 y 31 de la LPI que aborda el Anteproyecto debe ser, necesariamente, objeto de una profunda revisión que garantice la adecuación del ordenamiento español a las exigencias del Derecho europeo, como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea"*.

Pues bien, el tiempo y la STJUE de 9.6.2016 (Sala 4.^a) han venido a hacer realidad tales reservas del Consejo de Estado ⁽⁴²⁾. Y ahora —como se apuntará *infra*, VIII— ha sido necesario volver a empezar, dando marcha atrás y corrigiendo los errores cometidos.

V. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO C-470/14.

La única opinión que sostuvo la conformidad del sistema español con el Derecho

de la UE fue la del Abogado General (en adelante, AG), el Sr. Maciej Szpunar, que, como era lógico, fue valorada positivamente por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ⁽⁴³⁾.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, el AG anticipó ⁽⁴⁴⁾ que disentía de la opinión de las demandantes en el litigio principal —sostenida también por las coadyuvantes en él, así como por los Gobiernos francés y helénico—, quienes sostenían que la compensación equitativa no podía adoptar formas distintas de la del canon, para lo cual se apoyaban en la jurisprudencia del TJUE, de la que —dice el AG—, en opinión de aquellas, se deriva la idea de que ha de ser el beneficiario de la excepción de copia privada quien en última instancia debe financiarla. Para el AG esa opinión no se sostenía por tres razones: 1.^a) por el propio tenor de la Directiva 2001/29/CE; 2.^a) por el análisis de la jurisprudencia del TJUE en la materia; y 3.^a) por consideraciones de orden práctico relacionadas con el funcionamiento del sistema de canon en el contexto tecnológico actual.

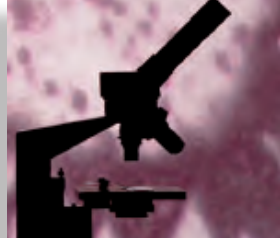
En relación con la 1.^a de las razones esgrimidas, el AG argumentó ⁽⁴⁵⁾ que la Directiva no se pronuncia sobre los métodos de financiación de la compensación ni determina quién es el deudor de la misma, limitándose únicamente a designar a sus beneficiarios. Añadía a ello ⁽⁴⁶⁾ que en la fase de su transposición a los ordenamientos nacionales correspondía a los diversos legisladores la ponderación de los intereses en juego, aludidos en el Consi-

derando (31) de la misma. Y, en ese contexto, entendió el AG que cada legislador tenía la facultad de determinar, entre otros extremos, el *modo de financiación* de la compensación equitativa, precisando que *"el considerando 31 de la Directiva 2001/29 ⁽⁴⁷⁾ no se puede entender como una disposición adicional de esta Directiva que tenga fuerza jurídica autónoma"*. En consonancia con ello, redondea su pensamiento al respecto diciendo que la Directiva no contiene normas jurídicamente vinculantes sobre el particular considerado y que, no obligando a introducir la excepción de copia privada, no resulta lógico pensar que regule el modo de financiar la compensación equitativa.

En relación con la 1.^a de las razones esgrimidas, el AG argumentó que la Directiva no se pronuncia sobre los métodos de financiación de la compensación ni determina quién es el deudor de la misma, limitándose únicamente a designar a sus beneficiarios.

En lo que se refiere a la 2.^a de las razones que apuntó para estar en desacuerdo con las demandantes en el litigio principal, el AG empezó por recordar que estas se apoyaban en una lectura del art. 5.2.b) de la Directiva basada en sus Considerandos y en algunos pasajes de la Sentencia *Padawan*. Por su parte, entendía que la lectura de esta jurisprudencia (incluyendo en ella, además de la Sentencia *Padawan*, la Sentencia *Stichting de Thuiskopie* y otras posteriores) hecha por aquellas *"no tiene en cuenta ni el contexto en el que se dictaron (...), ni su estructura ni su razonamiento global"*. Es ahí donde el AG refuta que propiamente no había una jurisprudencia consolidada en la materia (*"una línea jurisprudencial clara y coherente"*), fueron sus palabras textuales), pues las sentencias dictadas hasta ese momento por el TJUE se referían a sistemas de financiación de la compensación equitativa basados en la imposición de un *canon*, como apreciaron —acertadamente, a juicio del AG— AMETIC, los Gobiernos español, finlandés y noruego y la Comisión.

En su lectura de la Sentencia *Padawan*, el AG se apoyó ⁽⁴⁸⁾ en la afirmación que en



ella hizo el TJUE relativa a que en determinadas circunstancias cabe que no sea el usuario de la copia (el beneficiario de la excepción) quien abone directamente la compensación. Y abiertamente sostuvo ⁽⁴⁹⁾ que “tras la lectura de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia se aprecia que este principio [según el cual el usuario de la copia ha de ser quien financia la compensación] no aparece siempre como una constatación jurídica independiente, sino como un elemento de un razonamiento que lleva a la confirmación del sistema de canon”, añadiendo que “toda lectura de esta jurisprudencia al objeto de dar a dicho principio un alcance más general, que excluyera otros sistemas de financiación de la compensación, sería contraria a la lógica del razonamiento del Tribunal de Justicia y excedería del marco de las cuestiones prejudiciales que se le han planteado”. Concluye en este punto el AG diciendo que “De este modo, no me parece que pueda deducirse legítimamente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la excepción de copia privada que en el Derecho de la Unión (...) exista un principio general según el cual la compensación en concepto de esta excepción la deban financiar necesariamente los usuarios que se benefician de ella, de modo que, en la práctica, el único sistema de financiación de esta compensación sea el sistema de canon percibido sobre el equipo electrónico”.

Importa reparar también en las Consideraciones que hizo el AG en relación con la 2.ª cuestión prejudicial, pese a que el TJUE haya terminado por no contestarla. Partiendo de la cantidad en que las demandantes en el litigio principal estimaron el perjuicio causado a los titulares, apuntó ⁽⁵⁰⁾ la necesidad de analizar si un Estado miembro que la financie con cargo a sus Presupuestos Generales “tiene derecho a limitar el importe de esta compensación de modo que no cubra la totalidad, ni siquiera la mayor parte, del perjuicio que se estima que los titulares de los derechos han sufrido como consecuencia de dicha excepción”. Resulta importante reparar en este extremo, pues el AG recuerda ⁽⁵¹⁾ que el perjuicio ha de ser “estimado según las reglas en vigor en la materia en dicho Estado miembro”, reglas que son las que se recogieron en el art. 3.2 del RD 1657/2012 y asomaron luego en las órdenes ministeriales dictadas para liquidar la compensación en los ejercicios de 2012 y 2013 ⁽⁵²⁾, en las que no se cuantificó



el perjuicio en la cantidad a que aludían las demandantes ⁽⁵³⁾.

Y para responder a esta 2.ª cuestión el AG enlazó con la jurisprudencia del TJUE en materia de excepción de copia privada, entendiendo, ahora sí, que los principios en que la misma se asienta en cuanto al resultado son referibles a un sistema de financiación distinto al del canon. Extrayendo de esa jurisprudencia tres concretas derivaciones, el AG rechazó ⁽⁵⁴⁾ las alegaciones formuladas por el Gobierno español, “según las cuales la limitación de los fondos previstos para el abono de la compensación en concepto de copia privada por debajo del importe estimado del perjuicio sufrido por los titulares de los derechos es inherente al sistema de planificación presupuestaria” ⁽⁵⁵⁾.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9.6.2016 (SALA 4.ª - ASUNTO C-470/14)

De entrada importa sobremanera reparar en lo que el TJUE dijo en los aps. 24 y 25 de su Sentencia. Se hizo eco en ellos, con cita expresa de los Considerandos (4) y (9) de la Directiva 2001/29/CE, de que el art. 5.2.b) de la misma no se opone, por principio, a que un Estado que haya acogido en su legislación interna la excepción de copia privada financie la obligada compensación equitativa con cargo a sus Presupuestos Generales, no obstante reconocer que la jurisprudencia recaída en los casos citados en los aps. 19 a 23 de su

sentencia la había elaborado en el marco de los sistemas de compensación basada en un canon. Entiende el TJUE, en efecto, que siempre que un sistema como el español garantice “el pago de una compensación equitativa a favor de los titulares de los derechos” y que “sus modalidades ⁽⁵⁶⁾ garanticen su percepción efectiva”, se debe considerar compatible en principio con el objetivo esencial perseguido por la Directiva.

Más la clave de la STJUE se halla, a mi juicio, en los aps. 26 y 27. En el primero de ellos, recordando las previsiones del Considerando (35) de la Directiva, el TJUE liga la idea de que los titulares de los derechos deben ser recompensados de manera apropiada por el uso no autorizado que se haga de sus obras o prestaciones protegidas con el criterio útil que para la determinación de la cuantía de la compensación recoge tal Considerando ⁽⁵⁷⁾, criterio que el TJUE entiende que debe ser tenido en cuenta: el del posible daño que el acto en cuestión (o sea, la reproducción o copia privada) cause a aquellos, recordando al respecto lo que había dicho en el ap. 39 de la Sentencia Padawan. Y seguidamente, en el ap. 27, viene a anticipar la ratio decidendi ⁽⁵⁸⁾ del caso, al considerar que de esa ligazón se infiere que, en principio, a quienes corresponde reparar el daño causado es a quienes lo causan al llevar a cabo la reproducción ⁽⁵⁹⁾, sin que, no obstante —como ya había aclarado el TJUE—, sea necesario que tales personas “hayan realizado efectivamente copias privadas” (ap. 28), bastando a esos efectos con la simple (adquisición derivada de



la) puesta a su disposición de aparatos y soportes aptos para la reproducción para uso privado.

Los siguientes aps. clave de la STJUE son el 30 y el 32. En el primero de ellos, el TJUE recuerda que conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 las personas jurídicas “están excluidas en todo caso del derecho a acogerse a esta excepción [en referencia a la de copia privada], de modo que no están facultadas para efectuar copias privadas sin obtener la autorización previa de los titulares de los derechos sobre las obras o prestaciones de que se trate”. Esta idea se completa con las consideraciones hechas en el ap. 31, en cuya virtud no es conforme ⁽⁶⁰⁾ con el citado precepto aplicar el canon a la adquisición de equipos, aparatos y materiales hecha por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a dicha copia privada. Pero en el ap. 32 el TJUE matiza tal interpretación, añadiendo que la misma no se opone a que las personas jurídicas puedan ser consideradas *deudoras* de la compensación equitativa, si bien entendiendo, en congruencia con su declaración anterior (ap. 30), que tal condición se da no por ser beneficiarias del límite (que no lo son) sino en cuanto ponen equipos, aparatos y soportes materiales a disposición de personas físicas para su adquisición por estas por título de compra o bien para prestarles un servicio de reproducción. En ese sistema, el TJUE halla la explicación/justificación de la condición de *deudoras* de las personas jurídicas en el hecho de que estas *pueden repercutir* el coste de la compensación equitativa (el canon) en el

precio final de los equipos, aparatos y soportes o en el coste del servicio de reproducción, con lo que termina siendo el adquirente o el usuario del servicio el deudor *indirecto* o *efectivo* de la compensación. Una compensación, pues, que se financia con carácter previo a la realización de las copias privadas. Ciertamente, el adquirente puede terminar por no destinar lo adquirido a la realización de copias para uso privado de material protegido, pero, como ya había declarado el TJUE en su Sentencia *Padawan*, es posible presumir legítimamente que las personas físicas se benefician íntegramente de la mencionada puesta a disposición ⁽⁶¹⁾, lo que enlaza con la previsión del Considerando (35) de la Directiva 2001/29/CE, que —como ya se ha referido— al aludir a la determinación de la forma, modalidades y posible cuantía de la compensación equitativa apunta como criterio útil al del *posible* daño causado (cfr., especialmente, el ap. 57 de tal Sentencia).

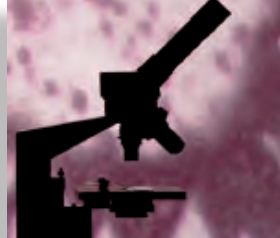
Partiendo después de la afirmación que hace en el ap. 36 —según la cual conforme al Derecho comunitario no cabe en *ningún caso* que las personas jurídicas sean las *deudoras efectivas* de la compensación— la *ratio decidendi* —esbozada, como ya dije, en el ap. 27— la comienza a fijar el TJUE en el ap. 37, que merece ser transcrito en su integridad: “Las consideraciones subyacentes a esta jurisprudencia [en alusión a la permisiva de que el canon puede imponerse *en principio* a las personas jurídicas, si bien estas no pueden ser en última instancia sus deudores *efectivos*, al no ser beneficiarias del límite

de copia privada] se aplican en todos los supuestos en que un Estado miembro ha introducido la excepción de copia privada, con independencia de si ha establecido un sistema de compensación equitativa sufragada mediante un canon o, como en el litigio principal, con cargo a sus Presupuestos Generales”. Y, recordando que el concepto de “compensación equitativa” es un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de modo uniforme en su territorio, el TJUE termina de perfilar tal *ratio* en los aps. 39 a 41 de su Sentencia.

En verdad, la contestación ofrecida por el TJUE no parece más que una “vuelta de tuerca” de lo que ya dijo en el ap. 40 de la Sentencia *Padawan*: si la compensación equitativa está vinculada al perjuicio causado a los titulares de los derechos, ¿podía, en rigor de conceptos, verse como *dañador/perjudicador* de los titulares de los derechos al conjunto indiferenciado de los ciudadanos y personas jurídicas que pagan impuestos?

El razonamiento que ahí vierte el TJUE se puede resumir diciendo que, como quiera que la *partida* de los Presupuestos Generales que se utiliza para el abono de la compensación no presenta un carácter específico o diferenciado, se deduce que la misma se ha nutrido de los recursos aportados por la totalidad de los contribuyentes, y, por tanto, también de los allegados por las personas jurídicas, recordando el Tribunal que estas en ningún caso se encuentran incluidas en el ámbito de la excepción de copia privada y que, de otro lado, en la información con la que contaba acerca de la cuestionada normativa española, no se prevé la posibilidad de que tales personas puedan solicitar la *exención* de la obligación de contribuir a financiar la compensación equitativa o la *devolución* de tal contribución ⁽⁶²⁾.

En consecuencia de todo ello, el TJUE respondió a la primera cuestión prejudicial diciendo en su Fallo que el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE “debe interpre-



tarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas". Dados los términos en que estaba formulada tal cuestión, el TJUE no contestó a la segunda que le planteó el TS.

En verdad, la contestación ofrecida por el TJUE no parece más que una "vuelta de tuerca" de lo que ya dijo en el ap. 40 de la Sentencia *Padawan*: si la compensación equitativa está vinculada al perjuicio causado a los titulares de los derechos, ¿podría, en rigor de conceptos, verse como dañador/perjudicador de los titulares de los derechos al conjunto indiferenciado de los ciudadanos y personas jurídicas que pagan impuestos? El Gobierno español entendió que sí y se decidió a construir el cesto que quería, pese a que el Consejo de Estado le había advertido de la dudosa conformidad con el Derecho europeo de algunos de los mimbres que pensaba utilizar. Puede decirse, en consecuencia, que el viaje emprendido por el Ejecutivo español en 2011 no necesitaba alforjas ⁽⁶³⁾. Mas una cosa sí puede colocarse en su haber, si bien en el terreno puramente político: consiguió acallar la "bulla" que había generado el sistema de *canon* entre quienes, a juicio de la Sentencia *Padawan*, lo venían financiando indebidamente. Ya se sabe, en fin, que resulta menos doloroso el destino que finalmente se dé a los impuestos, una vez recaudados, que el acto mismo de su exacción. Ese fue, en última instancia, el elemento "emocional" con el que se jugó ⁽⁶⁴⁾.

VII. LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9.6.2016.

1. Breve referencia a las impresiones políticas.

El mismo día en que se dictó la STJUE, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la evaluó mediante un *Comunicado* ⁽⁶⁵⁾ que se encabezaba con la siguiente leyenda: "El Gobierno espera el pronunciamiento del Tribunal Supremo para determinar los efectos de esta interpretación sobre



el ordenamiento interno y promover, en su caso, las medidas necesarias". Esfumado así el optimismo que respiraba el Gobierno tras las Conclusiones del AG de unos meses atrás, en una suerte de huida hacia delante, el Ejecutivo se refugió en la justificación de que el sistema aprobado por el RD 1657/2012 (cfr. *supra*, nota 63) se había previsto con carácter transitorio, "hasta tener una directriz clara por parte de la Unión Europea".

De haber accedido el TS a la petición del Abogado del Estado, podría haber ocurrido, en efecto, que el TC hubiera terminado apreciando la inconstitucionalidad de la norma impugnada (recuérdese: art. 1.º, ap. 2, de la Ley 21/2014), lo que, ex art. 39.1 de la LOTC, habría conllevado la declaración de su nulidad.

Como era seguramente inevitable, pronto asomó también la potencial rentabilidad política de la STJUE. Con fecha 27.7.2016, el Grupo Parlamentario Socialista se apresuró a registrar en la Mesa del Congreso de los Diputados una *proposición no de ley* con el fin de impulsar una propuesta de modificación de los arts. 25 y 31.2 del TRLPI —tal como quedaron redactados por la Ley 21/2014— y adecuarlos a lo que resultaba de la STJUE de 9.6.2016 ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10.11.2016 [Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª].

El estado de la cuestión vino a "aclararse" por fin con la STS 10.11.2016 [Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª], que, estimando *parcialmente* el recurso contencioso-administrativo planteado por EGEDA, DAMA y VEGAP, declara *nulo* el RD 1657/2012, de 7.12, pronunciamiento este que a la vista de la STJUE resultaba más que previsible ⁽⁶⁸⁾.

En el Auto del TS de 10.9.2014, de planteamiento de las cuestiones prejudiciales, se hacía un razonamiento detallado relativo a la posible nulidad de aquél por su eventual contradicción con el Derecho de la UE, habiéndose molestado incluso el TS en recordar su Sentencia de 10.12.2002 ⁽⁶⁹⁾ para justificar la declaración, en un caso como el que aquí se le planteaba, de la nulidad de una disposición reglamentaria; en efecto, en el Razonamiento Jurídico 4.º literalmente afirmó: "(...) la constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al Derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente —con arreglo al ordenamiento español— para declarar la nulidad de aquélla con efectos erga omnes". Sin embargo, la STS relaciona más bien la nulidad de la disposición reglamentaria española con el hecho de que no gozaba de un fundamento legal válido ⁽⁷⁰⁾.

Interesa aquí hacer algunos apuntes en relación con los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado en relación



con la STJUE de 9.6.2016 ⁽⁷¹⁾. El primero de ellos fue el de su petición de suspensión del proceso hasta que el TC hubiera dictado sentencia en el recurso de inconstitucionalidad n.º 681-2015 ⁽⁷²⁾, arguyendo al efecto que la Ley 21/2014 hizo suyas las innovaciones que en materia de copia privada introdujo el RDL 20/2011 (o sea, la puesta de la misma a cargo de los PPGGE y la previsión de límites cuantitativos a la misma para cada ejercicio presupuestario), y, además, que la norma cuya constitucionalidad se discute en tal recurso presenta una clara relación con el derecho fundamental de propiedad privada, previsto en el art. 33 de la CE. Hay que recordar, en este sentido, que el 14.4.2015 ya había solicitado el Abogado del Estado la paralización del proceso por el mismo motivo ⁽⁷³⁾, sin que, a mi juicio, tampoco en ese momento tuviera sentido hacerlo (salvo, claro está, si el objetivo era dilatar el procedimiento), por la misma razón de fondo que ahora utiliza el TS para denegar idéntica petición, si bien, hallándose pendiente por entonces la decisión del TJUE respecto a la cuestión prejudicial planteada por el TS, era más explicable su petición. Empero, en este otro momento procesal, una vez conocida esa decisión, en verdad resulta difícil entender la reiteración de su solicitud de paralización del proceso ⁽⁷⁴⁾.

De haber accedido el TS a la petición del Abogado del Estado, podría haber ocurrido, en efecto, que el TC hubiera terminado apreciando la inconstitucionalidad de la norma impugnada (recuérdese: art. 1.º, ap. 2, de la Ley 21/2014), lo que, ex art. 39.1 de

la LOTC, habría conllevado la declaración de su nulidad. En esa hipótesis, cabría preguntarse: ¿Sería también inconstitucional (y, por tanto, nula) la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011? El art. 39.1 LOTC prevé que la declaración de nulidad subsiguiente a la pretendida declaración de inconstitucionalidad alcance a otros preceptos “de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”, literalidad que abonaría una respuesta negativa a la pregunta planteada. Con todo, es evidente que la citada disposición adicional —que había anticipado el sistema eventualmente declarado nulo por el TC, en la hipótesis planteada— quedaría en ese supuesto sin contenido, no pudiendo ser título habilitante para el dictado de un reglamento ejecutivo.

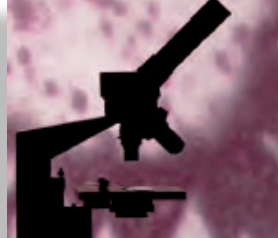
Mas también habría podido darse una resolución del TC de signo contrario, declarativa de la constitucionalidad de la norma impugnada, lo que, por pura lógica, habría permitido sostener la conformidad con la CE de la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011. En esa hipótesis se habría planteado el que cabría llamar “gran problema”: una norma interna, ajustada a la CE, podría hipotéticamente resultar contraria al Derecho de la UE, problema para cuya solución se habría de acudir a la propia jurisprudencia comunitaria. Esta fue la perspectiva que adoptó desde el principio el TS, pues la claridad y consolidación de esa jurisprudencia le llevaron a rechazar la petición del Abogado del Estado, considerando que no tenía ningún sentido esperar a la

decisión de TC, siendo irrelevante que el mismo se hubiera inclinado por considerar constitucional la norma impugnada. Por eso, razonando sobre este particular, recordó algo que debía estar claro para todos desde hace ya mucho tiempo (FD 8.º): “*si una norma jurídica nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicable independientemente de que además pueda ser inconstitucional. El deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar —por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional— las normas jurídicas nacionales contrarias al Derecho de la Unión Europea es una exigencia dimanante del propio principio de primacía de éste, tal como viene siendo constantemente afirmado desde la bien conocida sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (C-106/77)*”.

La norma nacional examinada por el TJUE fue, como se ha dicho, el RD 1657/2012, dictado en el marco establecido por el RDL 20/2011. Pero, como advirtió el TS (cfr. FD. 6.º, último párrafo), la Ley 21/2014 no alteraba ese marco, lo que le sirvió para concluir que “*En las circunstancias del presente caso, ello significa que, si se entiende que el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014 es contrario a la Directiva 2001/29/CE, debe sin más ser inaplicable, independientemente de lo que en su día resuelva el Tribunal Constitucional sobre su conformidad con la Constitución española*”.

(...) partiendo de que el TJUE no había contestado a la segunda cuestión prejudicial planteada, el Abogado del Estado alegó (...) que las entidades demandantes habían perdido el interés legítimo.

El Abogado del Estado sostuvo, en segundo lugar, que de la STJUE 9.6.2016 no resulta que el sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los PPGGE sea contrario a la Directiva 2001/29/CE, bastando a su juicio con una norma doméstica —que habría que introducir, eso sí— que exonerase a las personas jurídicas de soportar el coste de dicha compensación para alcanzar la completa compatibilidad del sistema español con



el Derecho unionista. En relación con este argumento, el TS consideró que no resultaba convincente su alegación de que el sistema español era simplemente *incompleto*, recordando que el TJUE ya había advertido que la regulación española que examinó no contenía mecanismo alguno que permitiera que las personas jurídicas quedaran exoneradas del pago efectivo de la compensación equitativa. Añadía también el TS, a mayor abundamiento, que la parte dispositiva de la STJUE ninguna matización hacía al respecto, “*sino que declara tajantemente la incompatibilidad de la regulación española con el derecho de la Unión Europea*”. Pero, además, el TS no dejó pasar la ocasión de apuntar la dificultad que supondría la introducción en el sistema de financiación de la compensación equitativa con cargo a los PPGGE de algún mecanismo corrector en ese sentido, habida cuenta de que en el ordenamiento español “*no hay, en principio, una afectación de concretos ingresos a determinados gastos*”.

Importa precisar que esa primera determinación ha de hacerse con carácter no transitorio, aplicándose mientras tanto el régimen previsto en la disposición transitoria 2.ª del RDL 12/2017.

Por último, partiendo de que el TJUE no había contestado a la segunda cuestión prejudicial planteada, el Abogado del Estado alegó —¡aunque cueste creerlo!— que las entidades demandantes habían perdido el *interés legítimo*. Razonaba al respecto que la falta de un pronunciamiento de la jurisdicción comunitaria en relación con la validez de los límites presupuestarios (referidos en el art. 3.1 del RD 1657/2012) a la cantidad anual destinada a compensación equitativa haría que una eventual anulación del RD 1657/2012 no significara un beneficio económico para aquellas. Este alegato, que me resulta simplemente incompresible, fue asimismo refutado por el TS, que objetó que en absoluto se les podía negar legitimación.

Las demandantes, a la vista de la STJUE, se reiteraron en el turno de alegaciones en su pretensión de que se anulara el RD

1657/2012, así como en que se declarara *inaplicable* la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 por oponerse al Derecho de la UE. Y las EEGG que, sin ser parte en el procedimiento, formularon alegaciones, sostuvieron que la STJUE debía conducir necesariamente a la anulación del RD citado, solicitando que se declarase la inaplicabilidad de la citada disposición, así como la del ap. 2 del art. 1 de la Ley 21/2014.

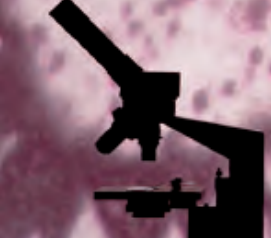
El TS precisó de forma muy clara su *ratio decidendi*, afirmando (cfr. FD. 10.º), en primer lugar, que no se había aportado al proceso ningún argumento que permitiera deducir que de la STJUE no se derivaba la incompatibilidad de la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 y del ap. 2 del art. primero de la Ley 21/2014 con la Directiva 2001/29/CE. Dicho con otras palabras: si la normativa española examinada por el TJUE (el RDL 20/2011 y el RD 1657/2012) era incompatible con la citada Directiva, otra normativa española que venía a decir lo mismo debía, igualmente, considerarse *incompatible*. A ello añadió, en segundo lugar, que el RD 1657/2012 era un mero reglamento ejecutivo, que, a la vista de la inaplicabilidad de las disposiciones de rango legal que podía entenderse que le daban cobertura ⁽⁷⁵⁾, “*carece de un fundamento legal efectivo y, en consecuencia, es nulo*”, terminando por estimar así, *parcialmente*, la petición de las demandantes, sin considerar procedente incluir en su Fallo un pronunciamiento de carácter general acerca de la mencionada inaplicabilidad.

VIII. LA NUEVA NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA.

¿Ha merecido la pena el largo viaje que se ha relatado en las líneas anteriores? La respuesta ha de ser necesariamente negativa y la inseguridad jurídica que se respiró en el sector no pudo ser mayor hasta la llegada al ordenamiento jurídico del RDL 12/2017, de 3.7, que entró en vigor el 1.8.2017 (cfr. su disposición final 2.ª). La urgencia de la regulación era manifiesta, pues pese a los reveses sufridos por la normativa nacional en la materia el límite de copia privada seguía existiendo. De ahí que el instrumento normativo elegido fuera un RDL, por entenderse que concurría el presupuesto habilitante para su dictado a que se refiere el art. 86.1 de la CE.

No corresponde hacer aquí un análisis en profundidad de los detalles de esta nueva normativa ⁽⁷⁶⁾, toda vez que el objeto de este trabajo era básicamente historiar — como sugiere su título — la situación de zozobra que desde el 1.1.2012 se ha vivido en el sector en España. Mas ello no es óbice, empero, para apuntar al menos sus rasgos fundamentales.

Para empezar, hay que destacar que el RDL da nueva redacción al art. 31.2.b) TRLPI con el fin de aclarar que la reproducción amparada por el límite legal es la que se obtiene a partir de una fuente *lícita* y sin que se vulneren las eventuales condiciones de acceso a la obra o prestación reproducida, estando ligada a aquella la compensación equitativa por copia privada. Por su parte, el art. 25 TRLPI recupera en buena medida el tenor que le dio la Ley 23/2006, de 7.7, retornándose a un sistema —respecto al que en la parte expositiva de aquél se dice que tiene “*vocación de permanencia*”— en que la compensación equitativa por copia privada se financia por los fabricantes de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar la reproducción, en cuanto actúen como distribuidores comerciales, y por los intermediarios en el mercado, esto es, por quienes los adquieran fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este (apartado 3) ⁽⁷⁷⁾. Ambos son considerados, en efecto, *deudores* de la compensación, si bien su pago podrá exigirse igualmente a ciertos sujetos en concepto de *responsables solidarios*, salvo que demuestren haberla satisfecho a los deudores en el momento de la adquisición. Se prevé ahora nuevamente (apartado 4) que la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto y la distribución de la compensación entre las distintas modalidades de reproducción (libros y publicaciones reglamentariamente asimiladas a ellos ⁽⁷⁸⁾, fonogramas y videogramas) se fijarán por una *Orden* ministerial —como en su día previó la regla 3.ª del art. 25.6 TRLPI en la redacción derogada por el RDL 20/2011—, si bien, en realidad, la primera determinación de esos extremos ha de hacerse mediante RD (cfr. disposición final 1.ª), para cuyo dictado la fecha expira el próximo 1.8.2018.



Importa precisar que esa primera determinación ha de hacerse *con carácter no transitorio*, aplicándose mientras tanto el régimen previsto en la disposición transitoria 2.ª del RDL 12/2017 ⁽⁷⁹⁾. La lectura de su primer apartado ⁽⁸⁰⁾ —en el que se concretan los equipos, aparatos y soportes materiales aptos para la reproducción— invita a realizar una comparación entre las cantidades que la misma determina y las que en su día previó la disposición transitoria única de la Ley 23/2006, así como un cotejo con las que, posteriormente, recogió la anulada Orden PRE/1743/2008. No obstante no reflejar aquí los resultados de tal confrontación, diré que la misma claramente permite constatar la evolución tecnológica experimentada hasta hoy. El sistema que sigue la disposición transitoria 2.ª del RDL en orden al cobro de la compensación está pensado para que los deudores la recauden inicialmente, cobrándola a quienes adquieren de ellos, y, luego de una cadena sucesiva de repercusiones de su importe en las transferencias de los bienes gravados, termine por abonarla el usuario privado persona física.

La apuntada futura *Orden* —y, antes que ella, el RD al que corresponderá la aludida *primera determinación* de los extremos que se han dejado señalados ⁽⁸¹⁾— habrá de basarse, en punto a la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, en el perjuicio realmente causado a los titulares de los derechos de p. i., para cuya concreción el art. 25.5.a) TRLPI relaciona, con carácter no exhaustivo, una serie de criterios objetivos, parangonables a los previstos en la regla 4.ª del art. 25.6 TRLPI según la redacción que le dio la Ley 23/2006, criterios en cuyo detalle tampoco es posible entrar aquí. Pero sí importa sobremanera destacar las verdaderas novedades que se justifican e incorporan a la norma para dar cumplimiento a los pronunciamientos de la jurisprudencia europea. Concretamente, en el apartado 7 ⁽⁸²⁾ se prevé la figura de la *exceptuación* del pago y se relaciona —con claro carácter *numerus clausus*— a los beneficiarios: en el caso de la letra a), debido a la condición subjetiva de los adquirentes que se mencionan, no será preciso que acrediten el destino de lo adquirido (ni otros extremos), bastando con que justifiquen ante los deudores o, en su caso, ante los responsables solidarios, tal condición mediante la oportuna *certificación*,

si bien, en su defecto, podrán a posteriori solicitar el reembolso de la compensación pagada (art. 25.7, *in fine*). En el caso de la letra b) —en el que podría ubicarse, p. e., el material adquirido por una Notaría—, los beneficiarios habrán de aportar una *certificación* que habrá de expedir la persona jurídica a que se refiere el art. 25.10, a la que en breve aludiré. Por su parte, el apartado 8 del art. 25 prevé la figura del *reembolso* de la compensación y relaciona las personas que pueden interesarlo sin estar legalmente exceptuadas de su pago.

La gestión de las exceptuaciones al pago y de los reembolsos es cometido de la *Asociación Ventanilla Única Digital*, que tiene ámbito estatal y que es la persona jurídica que debía constituirse por las EEGG en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del RDL 12/2017 (disposición adicional única). A ella le compete también, entre otras cosas (cfr. art. 25.10), emitir la *certificación* que permitirá a las personas jurídicas y físicas a que se refiere el art. 25.7.b) del TRLPI —o sea, a las que actúen como consumidores finales— acreditar a los deudores, o, en su caso, a sus responsables solidarios, que el destino de lo adquirido y sujeto en principio al pago de la compensación equitativa es exclusivamente profesional, que no se ha puesto a disposición de usuarios privados, de derecho o de hecho, y que está manifiestamente reservado a usos distintos a la realización de copias privadas. El conflicto que plantee la eventual denegación de tal certificación por la *Asociación Ventanilla Única* habrá de resolverlo el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que también está llamado a intervenir cuando se denieguen las solicitudes de reembolso, sin que, sin embargo, se haga mención del procedimiento específico a seguir en tales casos.

Visto todo ello y tras la sentencia *Padawan* (recaída, recuérdese, en octubre de 2010), cabe preguntarse si para adecuar la normativa española en la materia al Derecho europeo no hubiera bastado con haber incorporado los supuestos que en el RDL 12/2017 se recogen como de exceptuación y de reembolso ⁽⁸³⁾, amén de otros retoques menores. Evidentemente sí, pero el camino tomado por las autoridades españolas fue otro, bien alambicado, que ha terminado como se ha relatado aquí. Ya advirtió el Consejo

de Estado que “*el respeto a los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia tan sólo exigía precisar con detalle en la legislación española de propiedad intelectual los supuestos en que dicho canon —según la doctrina Padawan— no puede exigirse*”. Hoy, sin embargo, todavía se lee en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejo-deministros/Paginas/enlaces/03072017—enlace copia.aspx> lo que sigue: “*Fue en junio de 2016 cuando el alto tribunal europeo señaló que, si bien nada se oponía a la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en la legislación española no recogía un mecanismo que permitiera a las personas jurídicas solicitar la exención del pago o su reembolso*”. ¿Acaso se decidió el Gobierno a dar el paso que dio en 2011 por no haberle advertido el Consejo de Estado de tal extremo? ¿Es pensable que el Gobierno lo ignorase? Juzgue el lector.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

AVILÉS GARCÍA, J.: “La socialización de la compensación equitativa por copia privada: ¿Un desatino inconstitucional?”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 51, (septiembre-diciembre 2015), págs. 13-62.

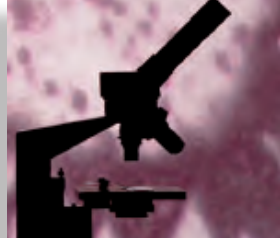
—*El derecho de compensación equitativa por copia privada, un debate abierto en la jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Cambio de rumbo en el canon de copia privada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, n.º 10 (febrero), 2012, págs. 17-21.

—“El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, n.º 10, 2013 (Referencia de aranzadidigital.es: BIB 2013/132), págs. 27-33.

—“Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: conformidad con el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 4.ª, de 9 de junio de 2016”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 102, septiembre-diciembre de 2016, págs. 643-656.

—“Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Pre-



supuestos Generales del Estado: Anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre. Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 103, enero-abril 2017, págs. 537-554.

CARBAJO CASCÓN, F., “Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan”, *Diario La Ley*, n.º 7648, Sección Tribuna, 9.6.2011.

—“Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado [BOE n.º 295, de 8-XII-2012]”, *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 1, junio 2013, págs. 203-205.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El canon por copia privada ante el Tribunal de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 7520, 2010.

ESTEVE PARDO, M.ª A., “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de marzo de 2011, “Caso Padawan”. La compensación equitativa por copia privada a examen”, *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 125-141.

GARCÍA DE PABLOS, J. F., “Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España”, *Tribuna Fiscal. Revista Tributaria y Financiera*, n.º 248, 2011, págs. 8-11.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El derecho de compensación equitativa por copia privada”, *Manual de propiedad intelectual* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 159-163.

—“La interpretación del concepto de «compensación equitativa» por el Tribunal de Justicia de la UE y su impacto en el sistema español (Cuestión prejudicial ante el TJUE). Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013 (TJCE 2013, 216)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 94, enero-abril 2014, págs. 27-52.

—“Régimen jurídico del “canon digital” en España: cuestiones litigiosas tras

la declaración de nulidad de la Orden PRE/1743/2008 e impacto del concepto autónomo de compensación equitativa desarrollado por la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 54, septiembre-diciembre 2016, págs. 13-65.

—“Comentario al artículo 25 LPI”, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 516 a 549.

LÓPEZ MAZA, S., “Réquiem por la compensación equitativa por copia privada: Comentario al RD 1657/2012, de 7 de diciembre”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 44 (mayo- agosto 2013), págs. 39-89.

LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G., “El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 36 (septiembre-diciembre 2010), págs. 89-116.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Consecuencias jurídicas de la Sentencia del TJUE en el “Caso Padawan””, *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual* (coord. ESTEVE PARDO, M.ª A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 111-124.

MARÍN LÓPEZ, J. J., “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 20, 2005, págs. 9-76.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de compensación equitativa por copia privada”, *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (coord. APARICIO VAQUERO, J. P.), Dykinson, Madrid, 2016, págs. 441-491.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “El abono de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”, *Actualidad civil*, n.º 12, Diciembre 2014.

MINERO ALEJANDRE, G., “Reflexiones acerca de la compatibilidad de los sistemas nacionales de compensación equitativa por copia privada con la Directiva 2001/29/CE. Análisis a partir de la Sentencia Padawan

versus SGAE”, *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011).

—“El futuro incierto de la regulación española de la compensación equitativa por copia privada”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma Madrid*, n.º 22, 2010, págs. 171-195.

RAMÍREZ IGLESIAS, J., “Sobre el impacto del caso “Padawan” en los sistemas de cánones por copia privada en Europa: Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 (Asunto C-467/2008)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 20, 2011, págs. 34-54.

SALAS CARCELLER, A., “Propiedad intelectual: la nueva compensación equitativa por copia privada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2013, págs. 11-16.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de marzo de 2011 («Caso Padawan»)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, n.º 9/2012, págs. 95-116.

SANTANDREU CAPÓN, F. J. – ARIAS PLAZA, R. – GONZÁLEZ BOTIJA, F., “La regulación del canon digital en España a la luz de la interpretación de la Directiva 2001/29/CE realizada en la STJUE “Padawan SL contra SGAE””, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 323, diciembre 2011, págs. 119-140.

VENTURA VENTURA, J. M., “La STJUE (Sala 3.ª) de 21 de octubre de 2010 («Caso Padawan»). Consecuencias y sugerencias para una reforma”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 31, 2010-2011, págs. 683-703.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad DER2017-84748-R, del que es Investigador Principal el Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de La Rioja.

(1) Por su indudable impacto, esta Sentencia (y la subsiguiente de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2.3.2011) fue objeto de una atenta reflexión doctrinal: Vid., sin carácter exhaustivo, CARBAJO CASCÓN,

F., “Presente y futuro del canon por copia privada tras la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso Padawan”, *Diario La Ley*, n.º 7648, Sección Tribuna, 9.6.2011; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El canon por copia privada ante el Tribunal de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 7520, Sección Tribuna, 2010; ESTEVE PARDO, M.ª A., “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de marzo de 2011, “Caso Padawan”. La compensación equitativa por copia privada a examen”, *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual* (Coord. M.ª A. ESTEVE PARDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 125-141; GARCÍA DE PABLOS, J. F., “Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España”, *Tribuna Fiscal. Revista Tributaria y Financiera*, n.º 248, 2011, págs. 8-11; LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G., “El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)”, en *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 36 (septiembre-diciembre 2010), págs. 89-116; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Consecuencias jurídicas de la Sentencia del TJUE en el “Caso Padawan””, *Cuestiones de actualidad (...)*, cit., págs. 111-124; MINERO ALEJANDRE, G., “Reflexiones acerca de la compatibilidad de los sistemas nacionales de compensación equitativa por copia privada con la Directiva 2001/29/CE. Análisis a partir de la Sentencia Padawan versus SGAE”, *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011); MINERO ALEJANDRE, G., “El futuro incierto de la regulación española de la compensación equitativa por copia privada”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma Madrid*, n.º 22, 2010, págs. 171-195; RAMÍREZ IGLESIAS, J., “Sobre el impacto del caso “Padawan” en los sistemas de cánones por copia privada en Europa: Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 (Asunto C-467/2008)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 20, 2011, págs. 34-54; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de marzo de 2011 (Caso Padawan)”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, n.º 9/2012, págs. 95-116; SANTANDREU CAPÓN, F. J. – ARIAS PLAZA, R. – GONZÁLEZ BOTIJA, F., “La regulación del canon digital en España a la luz de la interpretación de la Directiva 2001/29/CE realizada en la STJUE “Padawan SL contra SGAE””, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 323, diciembre 2011, págs. 119-140; y VENTURA VENTURA, J. M., “La STJUE (Sala 3.ª) de 21 de octubre de 2010 (Caso Padawan). Consecuencias

y sugerencias para una reforma”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 31, 2010-2011, págs. 683-703.

- (2) *De medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*. Si este era el objetivo, resulta difícil de entender, sin duda, que esa norma pusiera la compensación equitativa por copia privada a cargo del erario público. De ahí el explicable rechazo doctrinal: por todos, CARBAJO CASCÓN, F., “Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado [BOE n.º 295, de 8-XII-2012]”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, págs. 203-205 (en concreto, sobre el punto aquí considerado, págs. 203 —*in fine*— y 204, calificando como *desternillante* el giro dado por el Ejecutivo-legislador al respecto), y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: conformidad con el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 4.ª, de 9 de junio de 2016”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 102, septiembre-diciembre de 2016, pág. 654.
- (3) Pronto se ocupó de la novedad BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “Cambio de rumbo en el canon de copia privada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, n.º 10 (febrero), 2012, págs. 17-21.
- (4) Pero también si se la ponía en conexión con la disposición derogatoria 2.ª de la misma norma, según la cual “*Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto-ley*”.
- (5) Que —conviene recordarlo— en España ya se había previsto desde la Ley 22/1987, de 11.11, de Propiedad Intelectual.
- (6) En el Dictamen del Consejo de Estado de 29.11.2012 —n.º 1260/2012, que versó sobre el Proyecto de RD por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (en adelante, PPGGE)—, al aludir a la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 se afirmaba —cfr. ap. V. (Consideraciones generales sobre el proyecto de Real Decreto) A. (En relación con su rango normativo)— que “*Esta disposición no deroga el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, ni tampoco le da una redacción distinta*”. Y se recordaba, asimismo, que “*En la memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de Real Decreto*

[de obligada elaboración por el centro directivo competente, a tenor del art. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27.11, del Gobierno, debiendo incluirse en la misma —cfr. b)— un “*listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma*” proyectada] se señala que “*el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no ha sido objeto de derogación formal, aunque sí material en aquellas partes del mismo que se opongan a lo establecido en la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011*”.

- (7) Para una crítica en profundidad de esta opción, AVILÉS GARCÍA, J., “La socialización de la compensación equitativa por copia privada: ¿Un desatino inconstitucional?”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 51 (septiembre-diciembre 2015), págs. 13-62.
- (8) Cfr. marginal 717, pág. 3109.
- (9) Las referencias que se transcriben a continuación están tomadas del propio Dictamen n.º 1260/2012, de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.
- (10) Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-1260>.
- (11) Cfr. ap. VI del Dictamen n.º 1260/2012.
- (12) BOE 8.12.2012, marginal 14904. Cfr. en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/12/08/pdfs/BOE-A-2012-14904.pdf>. Para un juicio global en negativo del sistema desarrollado por el mismo, CARBAJO CASCÓN, F., op. loc. cit. En cuanto al procedimiento de pago que instauró, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El nuevo procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2013, Vol. 1, n.º 10 (Referencia de aranzadidigital.es: BIB 2013/132), págs. 27-33, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El derecho de compensación equitativa por copia privada”, *Manual de propiedad intelectual* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 159-163, LÓPEZ MAZA, S., “Réquiem por la compensación equitativa por copia privada: Comentario al RD 1657/2012, de 7 de diciembre”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 44 (mayo-agosto 2013), págs. 39-89, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de compensación equitativa por copia privada”, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (coord. APARICIO VAQUERO, J. P.), Dykinson, Madrid, 2016, págs. 464 y ss., MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “El abono de la compensación



equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”, Actualidad civil, n.º 12, Diciembre 2014, y SALAS CARCELLER, A., “Propiedad intelectual: la nueva compensación equitativa por copia privada”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 1, 2013, págs. 11-16.

- (13) Disponible en <http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/gl/actualidad/2012/12/20121207-cu-compensacion-copia.html>
- (14) En el Razonamiento Jurídico 3.º del Auto del TS de 10.9.2014 se lee que “los principales reproches que las demandantes dirigen al Real Decreto 1657/2012 no se refieren a vicios específicos del mismo, sino a la norma legal que aquél desarrolla, esto es, la disposición adicional 10.ª del Real Decreto-Ley 20/2011”, norma que consideraban inconstitucional.
- (15) Que hizo el n.º 34/2013, datado el 7.2.2013.
- (16) En este orden de ideas, estimaban las demandantes que la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 era inconstitucional por dos motivos: 1.º) Por no darse el presupuesto constitucionalmente obligado para su dictado, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad a que alude el art. 86.1 de la CE. 2.º) Por llevar a cabo una deslegalización, en la regulación de una materia constitucionalmente sometida a reserva de ley.
- (17) Para un análisis de las mismas, bien que enfocado al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 21/2014 (y que referiré *infra*, nota 72), AVILÉS GARCÍA, J., *El derecho de compensación equitativa por copia privada, un debate abierto en la jurisprudencia*, Editorial Reus, Madrid, 2015, págs. 115 a 129.
- (18) Según resulta del Antecedente de Hecho 3.º de la STS 10.11.2016 (Sala de lo contencioso, Sección 4.ª), que resolvió el aludido recurso contencioso-administrativo, la nulidad del RD 1657/2012 se pidió con carácter *principal* como efecto consecuente de la nulidad de pleno derecho de la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011, por la contradicción de esta con el art. 86.1 de la CE, alegada por las demandantes.
- (19) En realidad, por efecto de lo que resulta de su disposición transitoria 2.ª, desde el 1.1.2012, fecha en que entró en vigor el RDL 20/2011.
- (20) Han sido las ss.: 1.ª) Para el ejercicio de 2012: Orden ECD/2128/2013, de 14.11 (BOE

16.11.2013, marginal 12021); 2.ª) Para el ejercicio de 2013: Orden ECD/2166/2014, de 14.11 (BOE 20.11.2014, marginal 12014); 3.ª) Para el ejercicio de 2014: Orden ECD/2226/2015, de 19.10 (BOE 26.10.2015, marginal 11491); 4.ª) Para el ejercicio de 2015: Orden ECD/1649/2016, de 10.10 (BOE 12.10.2016, marginal 9369).

- (21) AIE (siglas de Artistas Intérpretes Ejecutantes, sociedad de gestión) y SGAE, quienes no fueron originariamente parte en el proceso, personándose luego en el mismo con base en el interés legítimo derivado de haber interpuesto, por su lado, otros recursos contencioso-administrativos contra el RD 1657/2012, mediante los que igualmente discutían la compatibilidad del mismo con la Directiva 2001/29/CE.
- (22) Y aunque suponga, de otro lado, hacer un paréntesis en el relato cronológico del proceso generado por el recurso contencioso-administrativo 34/2013, que se inicia en el epígrafe I y continúa en el V.
- (23) Que fue aprobada con la finalidad (cfr. su disposición final 3.ª) de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.9.2011, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2012.
- (24) Cfr. art. 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22.4, del Consejo de Estado.
- (25) N.º 1064/2013, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1064>.
- (26) De obligada elaboración —por el centro directivo competente— y acompañamiento, a tenor de lo previsto en el art. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27.11, del Gobierno.
- (27) Hay que entender que se quiere aludir al *sistema de financiación de la compensación equitativa*.
- (28) Ese ap. rezaba literalmente así: “De dichas disposiciones [por referencia a los Considerandos 35 y 38 de la Directiva 2011/29/CE] se desprende que el concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor”.
- (29) Como se recordará, la 2.ª de las cuestiones prejudiciales planteadas cuestionaba el

carácter *equitativo* de la compensación en el sistema español.

- (30) Cfr. el ap. IV de su Dictamen, intitulado *Marco en que se inserta el Anteproyecto*, y, ahí, el subapartado A., cuya rúbrica fue *Situación del Derecho europeo*.
- (31) Las de su Dictamen n.º 651/2013 —emitido como consecuencia de una *reclamación de responsabilidad patrimonial* interpuesta contra el Estado—, aprobado el 26.9.2013 y disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-651>.
- (32) Emitido, recuérdese, en relación con el proyecto del que terminaría siendo el RD 1657/2012.
- (33) Acerca del sistema de compensación equitativa introducido por la Ley 21/2014, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El derecho de compensación equitativa por copia privada”, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 152-163, y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El nuevo régimen de compensación equitativa por copia privada”, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (coord. APARICIO VAQUERO, J. P.), Dykinson, Madrid, 2016, págs. 454-489.
- (34) El Gobierno, sin embargo, hizo caso omiso de esta indicación. El art. 31.2.a) TRLPI pasó a tener la redacción que le dio la Ley 21/2014, que en nada modificó la prevista en el Anteproyecto de reforma de aquel, lo que se debe a que el Proyecto elevado a las Cortes la acogió tal cual. Cfr. el texto del mismo en *Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie A, 21.2.2014, Núm. 81-1, pág. 7.
- (35) Sobre la relación entre las medidas tecnológicas de protección y el límite de copia privada, por todos, MARÍN LÓPEZ, J. J., “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n.º 20, 2005, págs. 9-76.
- (36) Que iba a resultar expresamente derogado por el RD 1657/2012 (cfr. su disposición derogatoria única).
- (37) En realidad, al parecer este supuesto se encontraba en el art. 3.2 del Proyecto de RD y no en el art. 3.4. Cfr., en este sentido, el ap. VI del Dictamen del Consejo de Estado n.º 1260/2012, donde se advertía que “Las importantes referencias que en el artículo 3.2 del proyecto de Real Decreto se hacen tanto a las copias de utilización colectiva o lucrativa (por imperativo del artículo 31.2

del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) como a las reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos o soportes que no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados y que estén manifestamente reservados a usos distintos de las copias privadas (a resultas de la Sentencia Padawan de 21 de octubre de 2010) deberían trasladarse —por un criterio sistemático— al artículo 3.4 del proyecto de Real Decreto, precisamente dedicado a enumerar aquellas reproducciones que no tienen la consideración de copias privadas”.

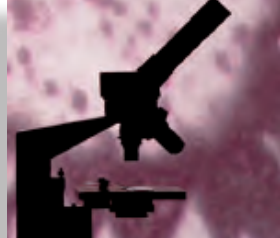
- (38) La Orden ECD/2128/2013, de 14.11 (cfr. en <http://www.boe.es/boe/dias/2013/11/16/pdfs/BOE-A-2013-12021.pdf>) cumplió ese cometido. Por su conexión con el segundo de los motivos alegados por las EEGG demandantes (cfr. *supra*, II., penúltimo párrafo) en el recurso contencioso administrativo que dio lugar al Asunto C- 470/14, interesa destacar que en su parte expositiva dicha Orden recordó que, a efectos de la determinación de la compensación, se había de tener en cuenta, además de la estimación del perjuicio causado, “la especialidad y el carácter limitativo de los créditos para gastos consignados en los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”.
- (39) Cfr. el ap. V (Modificaciones de la Ley de Propiedad Intelectual) 5.1. (La compensación equitativa por copia privada y el límite legal de copia privada) c (Recapitulación) de su Dictamen n.º 1064/2013.
- (40) Esta afirmación enlaza con las consideraciones que previamente había hecho el Consejo de Estado en punto a la reducción del ámbito objetivo de la copia privada.
- (41) En el ap. VII de su Dictamen n.º 1064/2013, rubricado *Recapitulación*.
- (42) También el Consejo General del Poder Judicial se mostró abiertamente contrario a los objetivos perseguidos con el Anteproyecto de la que terminaría siendo la Ley 21/2014. Cfr. su informe en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Texto-Refundido-de-la-Ley-de-Propiedad-Intelectual--aprobado-por-Real-decreto-Legislativo-1-1996--de-12-de-abril--y-de-la-ley-1-2000--de-7-de-enero--de-Enjuiciamiento-Civil> . En particular, la Conclusión 2.ª literalmente

decía: “Por lo que se refiere al límite de copia privada y su compensación equitativa, el Informe alerta del riesgo de que el sistema de pago de esa compensación con cargo a Presupuestos Generales del Estado (PPGGE), pueda no ajustarse a las exigencias derivadas del Derecho comunitario (art. 5.2.b/ de la Directiva 2001/29), a la luz de la jurisprudencia del TJUE en la materia (...)”, remitiendo a los aps. 35 a 37 del Informe. Y añadía, significativamente, lo siguiente: “Por otro lado, la más estrecha configuración del límite de copia privada, la cual justificaría una disminución de la cuantía de la correspondiente compensación equitativa, podría situar el límite y la compensación en unos niveles tan exiguos que los titulares no se vieran compensados adecuadamente del perjuicio efectivamente sufrido a consecuencia del fenómeno de la reproducción privada”, remitiendo sobre este punto al ap. 46 del Informe.

- (43) Cfr. en <http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/actualidad/2016/01/20160119-copia-privada.html> la Nota de Prensa emitida el 19.1.2016, al hacerse públicas en esa misma fecha las Conclusiones del AG.
- (44) Cfr. ap. 20 de sus Conclusiones, disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173583&pagelndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=527459>
- (45) Cfr. ap. 22 de sus Conclusiones.
- (46) Cfr. ap. 25 de sus Conclusiones.
- (47) Que hace referencia al justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas.
- (48) Cfr. ap. 31 de sus Conclusiones.
- (49) Cfr. ap. 40 de sus Conclusiones.
- (50) Cfr. ap. 57 de sus Conclusiones.
- (51) Cfr. ap. 62 de sus Conclusiones.
- (52) Por error, el AG alude en el ap. 56 de sus Conclusiones a los ejercicios de 2013 y 2014, respectivamente.
- (53) Quienes lo fijaban en 18,7 y 15,2 millones de euros, respectivamente.
- (54) Cfr. aps. 65 y ss. de sus Conclusiones.
- (55) Insistiendo en la necesidad de que la compensación revistiera carácter

equitativo, decía el AG —cfr. ap. 52 de sus Conclusiones— que “Esta compensación debe pues calcularse necesariamente sobre la base del perjuicio estimado y no puede establecerse a priori en un límite inferior”. En este orden de cosas, en la Nota de Prensa emitida por el Ministerio —cfr. *supra*, nota 43— el día 19.1.2016 se decía que “Si bien el Abogado General pone en cuestión que se fijen a priori las cuantías de pago de la compensación por copia privada, debiendo establecerse con base en el perjuicio causado por la vigencia del límite de copia privada, esto no es contrario a la regulación vigente en España”, añadiéndose que “Así, por un lado, el hecho de que figure una cuantía en los Presupuestos Generales del Estado a priori es una exigencia de la normativa presupuestaria española, que de este modo reconoce una previsión de gasto, pero no una obligación de llevarla a cabo por ese importe. La propia regulación española prevé también sistemas de modificación de las partidas de los Presupuestos Generales del Estado a fin de que siempre pueda darse respuesta a la cantidad que anualmente resulte del sistema de cálculo de la compensación”.

- (56) Parece querer aludir el TJUE, con el término “modalidades”, a posibles variantes dentro de un sistema de financiación con cargo a los PPGGE.
- (57) Hay que recordar, no obstante, que el Considerando (35) considera útil a tal criterio no sólo para determinar la *cuantía* de la compensación, sino también para evaluar la *forma* y las *modalidades* de la misma.
- (58) Cfr. también, en ese sentido, los aps. 39 a 41 de su Sentencia.
- (59) No está de más recordar, asimismo, que el Considerando (35) de la Directiva 2001/29/CE finaliza con la previsión de que “Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.
- (60) Como ya había dicho el TJUE en el ap. 53 de la Sentencia Padawan y en el ap. 28 de la Sentencia Amazon (Asunto C-521/11).
- (61) En este sentido, téngase en cuenta que en la STJUE (Sala 2.ª) 11.7.2013 (Asunto C-521-11, Amazon contra Austro Mechana) se declaró que “El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un sistema de financiación de la compensación equitativa a la que se refiere dicha disposición por medio de un canon por copia privada pagado por las personas



que ponen por primera vez en circulación en el territorio del Estado miembro de que se trata, a título oneroso y con fines comerciales, soportes de grabación que pueden utilizarse para la reproducción, la citada disposición no se opone al establecimiento por dicho Estado miembro de una presunción iuris tantum del uso privado de dichos soportes en caso de que éstos se vendan a personas físicas, cuando haya dificultades prácticas vinculadas a la determinación de la finalidad privada del uso de los mencionados soportes que justifiquen el establecimiento de dicha presunción y siempre que la presunción prevista no suponga la imposición del canon por copia privada en casos en que el uso final de esos soportes quede manifiestamente fuera del supuesto contemplado en la citada disposición". Esta declaración se torna ahora importante para España, habida cuenta de la anulación del RD 1657/2012 y de la prácticamente segura vuelta a un sistema de canon. Para un análisis de esa STJUE, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "La interpretación del concepto de «compensación equitativa» por el Tribunal de Justicia de la UE y su impacto en el sistema español (Cuestión prejudicial ante el TJUE). Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013 (TJCE 2013, 216)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 94, enero-abril 2014, págs. 27-52.

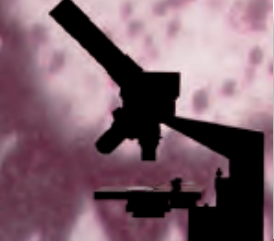
- (62) Hay que entender que esta afirmación del TJUE se refiere a cuando las personas jurídicas actúan en el tráfico como adquirentes/destinatarios finales de equipos, aparatos y soportes o peticionarias del servicio de reproducción.
- (63) Por ello, se comprende muy bien que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: conformidad con el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 4.ª, de 9 de junio de 2016", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 102, septiembre-diciembre de 2016, págs. 643-656, haya dicho que "Teniendo en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en el caso Padawan (asunto C-467/08), y reiterada posteriormente en varias sentencias (...), el fallo de esta Sentencia estaba cantado. Lo que el Gobierno de la nación y el grupo parlamentario que lo apoyaba no podían ignorar en el momento de aprobar semejante sistema de financiación de la compensación equitativa por copia privada" (pág. 653). Pero que —hay que añadir—, no obstante, conscientemente ignoraron. En este sentido, resulta poco creíble la razón esgrimida en el Comunicado emitido por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el 18.9.2014 —aclarando cuestiones relacionadas con

el Auto del TS de planteamiento al TJUE de las cuestiones prejudiciales y disponible en <http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/actualidad/2014/09/20140918-tsue.html>—, arguyendo que para remediar la situación de inseguridad jurídica grave a que se había llegado tras la Sentencia Padawan y las de la Audiencia Nacional que invalidaban el sistema conocido como "canon digital" se aprobaba un "sistema de compensación transitorio a la espera de que la Comisión europea presentara una propuesta de Directiva que indicara el rumbo normativo en esta materia".

- (64) En este orden de cosas, son harto expresivas al respecto las ss. palabras de CARBAJO CASCÓN, F., "Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, (...)", *cit.*, pág. 203: "El Gobierno decidió rentabilizar electoralmente las demandas de la industria tecnológica y una masa creciente de usuarios que veían el llamado canon digital como un sistema injusto que hacía pagar una pequeña cantidad a los adquirentes de dispositivos de reproducción (...). Así, al tomar el poder en diciembre de 2011 decidió, como una de las primeras medidas «estrella» (para dar satisfacción al «Pueblo» mientras recortaba el presupuesto para servicios fundamentales del Estado Social), sustituir el sistema de canon por una compensación con cargo a los magros Presupuestos Generales del Estado".
- (65) Disponible en <http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/actualidad/2016/06/20160609-canon.html>.
- (66) Cfr. su texto en *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie D, Núm. 11, 12.9.2016, págs. 48-49. Conviene significar, en este orden de cosas, que, tratando de rentabilizar políticamente al máximo la situación generada por la STJUE, en la Exposición de Motivos de la Proposición se apunta incluso a la posible responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la aplicación del modelo instaurado por el RDL 20/2011, responsabilidad que se generaría "por los ingresos dejados de percibir por los titulares de los derechos durante los últimos cinco años con motivo de la aprobación de un sistema contrario a sus intereses patrimoniales y declarado ahora ilegal, y que suponen una sobrecarga al erario público". En el referido Comunicado ministerial, evaluador de la STJUE, se recordaba, por cierto, que "El Gobierno anterior no quiso acometer la reforma, que se le requirió incluso por moción aprobada en Cortes, generando incertidumbre tanto en los ciudadanos como en la industria cultural".
- (67) La misma proposición no de ley se presentó también para su debate en la Comisión de

Cultura. Véase su texto en *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie D, Núm. 14, 15.9.2016, págs. 288-289. Independientemente de la suerte que corrió su votación (cfr. art. 195 del Reglamento del Congreso), la proposición ya es historia, pues la reforma de los arts. 25 y 31.2 TRLPI que postulaba se llevó a cabo mediante el RDL 12/2017, de 3.7 (BOE 4.7), del que daré cuenta *infra*, VIII.

- (68) Así lo apreció BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: Anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre. Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 103, enero-abril 2017, pág. 548.
- (69) Confirmatoria de las de 15.3.1999 y 26.1.2000.
- (70) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Sistema de compensación equitativa (...)", *cit.*, pág. 553, considera improcedente que la STS termine afirmando que la nulidad del RD 1657/2012 deriva de carecer de un «fundamento legal efectivo», como hace en el FD. 10.º, sosteniendo que el RD es nulo, simple y llanamente, por no ser conforme con el Derecho unionista.
- (71) En el FD. 7.º STS puede leerse que la codemandada (AMETIC) "se orienta en el mismo sentido que el Abogado del Estado".
- (72) Cfr. la Providencia de admisión a trámite del mismo en el BOE de 9.3.2015, marginal 2489. El recurso fue interpuesto por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra —entre otros preceptos— el art. 1.º, ap. 2, de la Ley 21/2014, por el que se dio nueva redacción al art. 25 TRLPI. La impugnación, en lo que ahora interesa, se dirigía concretamente contra el párrafo 2.º del ap. 1 del art. 25 y contra el inciso de su ap. 3 que reza así: "y contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado". La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 26.2.2018 declara la pérdida de objeto del recurso en esa parte.
- (73) Cfr. Antecedente de Hecho 11.º de la STS 10.11.2016.
- (74) En este punto diré que los argumentos —en exceso forzados, en mi opinión— empleados por el Abogado del Estado me han llevado a plantearme la duda de si solicitó autorización expresa —prevista en el art. 41.1 del RD 997/2003, de 25.7, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio



Jurídico del Estado— a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado para allanarse a las pretensiones de las demandantes. Puestos a conjeturar, es evidente que en el caso de que lo hubiera hecho no le fue concedida.

(75) En el FD. 10.º se lee lo siguiente: *“el Real Decreto 1657/2012 es un reglamento ejecutivo, cuya finalidad consiste en desarrollar esos preceptos legales en lo relativo a (...)”*. La expresión “esos preceptos legales” va referida a la disposición adicional 10.ª del RDL 20/2011 y al ap. 2 del art. 1.º de la Ley 21/2014, si bien es evidente que, por meras razones temporales, no podía desarrollar a este segundo precepto.

(76) Al respecto, por todos, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Comentario al artículo 25 LPI”, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 516 a 549.

(77) Cfr. el apartado 6 en relación con el momento de nacimiento de la obligación de pago de la compensación en función de quién deba satisfacerla.

(78) Al respecto de ellas y mientras el Gobierno las determina por RD, cfr. la disposición transitoria 1.ª del RDL 12/2017.

(79) Cuyo apartado 1 reza así: *“Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta la entrada en vigor del real decreto previsto en la disposición final primera, la compensación que deberá satisfacer cada sujeto deudor o responsable solidario será la resultante de la aplicación de las siguientes cantidades sobre los equipos, aparatos y soportes materiales que se indican a continuación: (...)”*.

(80) En los apartados 2 a 6 se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa y en el 7 se contempla la

posibilidad de reembolso de su importe por quienes tuvieran derecho al mismo.

(81) Y parece que a ese mismo RD también le competará fijar el procedimiento de pago de la compensación (art. 25.9) así como la concreción de las situaciones en que, por ser mínimo el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción, no surgirá la obligación de pago [art. 25.5.b)].

(82) También las letras c) y d) de este apartado contemplan excepciones al pago de la compensación, si bien reproducen, con algún matiz, la normativa anterior [cfr. art. 25.7. a) y c), TRLPI, en la redacción que le dio la Ley 23/2006].

(83) Ya antes de dicha sentencia, los apartados 7.d) y 24 del art. 25 TRLPI, en la redacción que le dio la Ley 23/2006, ofrecían base suficiente para haber evitado un litigio como el que aquella resolvió.

Los principios generales del derecho

Mucho más que un mito jurídico

José Luis del Moral Barilari
Abogado y Doctor en Derecho

SUMARIO

1. PRÓLOGO
2. CONCEPTO
3. NATURALEZA JURÍDICA
4. CARACTERES
5. FIGURAS AFINES
5. BIBLIOGRAFÍA

1.- PRÓLOGO

Hace bastantes años que vengo observando una deriva des-espiritualizadora en la comprensión, exégesis y aplicación de los principios generales del Derecho.

Véanse, en este sentido, las palabras de PEREZ LUÑO en *“Los principios generales del derecho: ¿Un mito jurídico?”* cuando afirma que:

“Los principios generales del derecho son un mito jurídico, pero un mito que responde a una necesidad propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho: reconocer el valor de la seguridad jurídica. Incumbe a los principios el ser una cláusula de cierre del



sistema de las fuentes del derecho. Gracias a esa pretendida fuente normativa los tribunales, aun en defecto de ley y costumbre, podrán recurrir a esos imaginarios «principios generales del derecho» susceptibles de dar respuesta jurídica a todos los conflictos que puedan surgir en el seno de los sistemas jurídicos. Al propio tiempo, y para tranquilidad de la seguridad jurídica, el recurso a los principios crea la ilusión de que así se evitan los riesgos e incertidumbres que comporta siem-

pre el reconocimiento del arbitrio judicial, de la función normativa de la doctrina científica, o de la apelación a las distintas versiones del derecho natural.

Al iniciar estas consideraciones denunciaba el carácter ambiguo y contradictorio de la expresión «principios generales del derecho». Esa ambigüedad y contradicción no son sólo terminológicas; el propósito de estas reflexiones ha sido mostrar que afec-

tan también plenamente a la estructura y función de este concepto. Los principios generales del derecho remiten siempre y necesariamente a otras fuentes normativas, se trata de una categoría que no existe como tal con sustantividad y autonomía propia. Ello equivale a afirmar que es un concepto ficticio o parasitario, que para adquirir realidad jurídica precisa tomar cuerpo en otra u otras fuentes del derecho. Esos caracteres son, precisamente, los que definen a los mitos jurídicos. Es cierto, que se trata de un mito justificado, pero ello no desmiente su carácter mítico."

No le han faltado los calificativos e, incluso, descalificativos a esta institución, además de la ya de por sí atrevida de "concepto ficticio o parasitario, que para adquirir realidad jurídica precisa tomar cuerpo en otra u otras fuentes del derecho... incluso un mito jurídico".

Así se habla de:

(1) "Mero resumen obtenido *a posteriori*, por vía de recopilación o síntesis, del derecho preexistente"⁽¹⁾.

(2) "*Ripugnanza che i principio generali oppongono a una precisa formulazione...*"⁽²⁾

(3) "*Un universale fantástico, cioè non ragionato, che nasce dal bisogno di intendere ciò che non si intende e di esprimerlo con immagini, non potiendo con termini propri*" o⁽³⁾

(4) "*Una generalità heterogénea*": Norberto Bobbio⁽⁴⁾.

No voy a responderles a todos ellos con la famosa frase de Broom "*Contra negantem principia non est disputandum*: No ha de haber disputa con quien niega los principios⁽⁵⁾" puesto que, a mi juicio, todo aquel que incurre en error debe ser "disputado" y, en la medida de lo posible, convencido de lo contrario, para que no persista en él.

La norma, sin espíritu, como veremos, no es mucho más que una cáscara sin huevo o una naranja sin pulpa. Por eso voy a dedicar este breve artículo a hacer reflexionar al lector, explicándole qué son los principios generales del Derecho y cuál es la verdadera función que, a mi juicio, deben cumplir los mismos dentro de un sistema y ordenamiento jurídicos.



FICHA TÉCNICA

Resumen: Se ha venido discutiendo en la doctrina moderna el papel e incluso la posible desaparición de los principios generales del Derecho como elemento vertebrador de un ordenamiento jurídico. La falta de determinación en su número y su presencia intermitente en el articulado de los códigos ha contribuido, al parecer a ello. El autor de este artículo se adentra, sin embargo, en el espíritu mismo del Derecho afirmando, utilizando una clásica metáfora del árbol y su sabia, que su negación supondría la negación misma de la esencia del Derecho.

Palabras clave: Principio, sistema, regla, excepción, derecho natural, traditio, equivalencia, ley especial.

Abstract: In modern doctrine the role and even the possible disappearance of the general principles of law as an axis of a legal system have been discussed. The lack of determination in their numbers and their intermittent presence in the articulation of the codes has apparently contributed to this. The author of this article, however, enters the very spirit of the law affirming, using a classic metaphor of the tree and its sap, that its negation would suppose the very negation of the essence of the Law.

Keywords: Principle, system, rule, exception, natural law, tradition, equivalence, special law.

2.- CONCEPTO

Los principios generales del Derecho son las primeras ideas en ser recibidas en un ordenamiento jurídico. Proviene del derecho natural, pero son ya aplicaciones concretas y jurídicas del mismo. Lo mismo ostentan tal condición principios tan genéricos como la primacía de lo bueno sobre lo malo o el deber de búsqueda de la verdad, como otros mucho más específicos como el principio *ad maiorem minus*.

Entre los más generales y los más específicos se va produciendo un proceso de dilución. Dilución, desde el punto de vista etimológico significa alejamiento, pérdida de concentración (del latín *dis-* alejamiento y *luere*: lavar⁽⁶⁾) y provoca que los principios generales sigan siempre presentes en todos los particulares, pero su presencia va disminuyendo a medida que progresa la especificidad. No en vano, la regla *ad maiorem minus* no deja de ser una regla "buena" que cumple con la genérica "primacía de lo bueno".

Al ser estos principios generales espirituales, no sabemos cuántos son, pero porque son como el viento que, como se nos recuerda en Juan 3:5: "se oye su sonido, pero no sabes de dónde viene ni adónde va". Nadie ha visto el viento, pero sabemos que existe cuando vemos doblarse las copas de los árboles o encrespase las olas en el mar.

Muchos son los nombres que ha recibido este instituto de los principios generales a lo largo de los siglos.

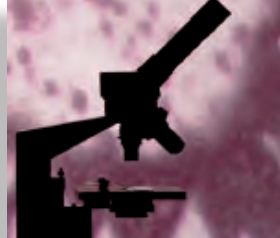
En Roma se hablaba más habitualmente de *regula* que de *principium*. Jurisconsultos como Paulo, en *De regula iuris*, Digesto decía que: "*Regula est auge rem, auge est, breviter enarrat*" (regla es lo que expone brevemente la cosa tal cual es) y en Digesto, 50, 17, 1 "*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est regula fiat*" (El derecho no emana de la regla, sino que la regla emana del derecho).

A partir de la codificación, empieza a recibir nomenclaturas distintas como la del Código Civil austriaco 1.811 "Principios Generales del Derecho Natural" (*natürliche Rechtsgrundsätze*, art. 7), u otras de nuevo cuño como la del Código civil italiano "*Principi generali dell' ordinamento giuridico dello stato*" (art. 12) o excéntricas como "*Optimierungsgebore*" o mandatos de optimización.

3.- NATURALEZA JURÍDICA

a. Los principios generales tienen una naturaleza normativa, porque no sólo van a estar presentes explicitándose en algunos de sus artículos, sino que lo van a estar inductivamente en el resto de los mismos.

El agua –que sin ser espíritu es lo que más parecido le presenta– puede adoptar cualquier forma, incluida el hielo. Y al igual que el hielo no deja de ser agua por el hecho de congelarse, lo mismo cualquier precepto que no contiene explícitamente un principio general deja



de tenerlo “dentro de él”. Es cuestión de inducir.

b. Pero siendo también normas (hielos), no son sólo normas y por eso suplen sus faltas, como ocurre con el recipiente, que está lleno de agua y en el que flotan sólo algunos hielos. El Código entero sería la palangana o recipiente y, entre los hielos, sigue habiendo más agua.

La cuestión es bien sencilla: (1) todo artículo viene de un principio general del derecho (de hecho, al principio (*primus*) sólo había principios generales del derecho), (2) todo artículo contiene un principio general del derecho, (3) todo artículo manifiesta un principio general del derecho. Por eso el art. 1.4 CC es un sinsentido. No se puede decir que algo in-forma (que significa que forma por dentro) el ordenamiento jurídico y luego decir que es como si fuera un hielo más y, encima, de tercera categoría, en defecto de ley o costumbre.

4.- CARACTERES

Los principios generales del Derecho presentan los siguientes caracteres:

Son omnipresentes: recorren el árbol del ordenamiento como lo hace la savia, esto es, de raíz a copa (pasa por todos sus artículos), porque allí donde no llega la savia no puede haber vida en el árbol. Cómo se dice en Juan 15:1 El sarmiento no puede dar fruto por sí mismo si se separa de la vid, si no se seca. Por eso ser “radical” (radice: raíz) no es necesariamente malo. Sólo el árbol que hunde sus raíces en la tierra resiste la fuerza de los vientos.

Son omnivalentes: se aplican a todo el ordenamiento, aunque a veces sólo encabezen, por una lógica sistemática, partes del mismo (Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, etc.).

Y son absolutos: sin excepciones posibles (syn-themá: dentro y de pie): este aspecto es, quizás, uno de los más vitales para entender en qué consisten. Un principio, a diferencia de una regla –como veremos de inmediato– no admite una excepción. Lo primero en ser recibido (primus cepere) permite ideas segundas y posteriores en ser recibidas, no ideas que no las reciban (ex cepere) porque si no ya no están dentro de

un mismo sistema (syn) y habría que empezar de nuevo.

En la mayoría de las ocasiones, esas falsas excepciones se crean:

1) Por cuestiones ideológicas:

La proliferación de excepciones a los principios generales del derecho se debe, tanto al relativismo moral y gnoseológico hoy imperante (nada es general, todo es particular, nada es blanco o negro, sino una infinita gama de grises) como al antropocentrismo que invade todo el ordenamiento jurídico y, sobre todo, la interpretación jurisprudencial del mismo.

La proliferación de excepciones a los principios generales del derecho se debe, tanto al relativismo moral y gnoseológico hoy imperante (...) como al antropocentrismo que invade todo el ordenamiento jurídico y, sobre todo, la interpretación jurisprudencial del mismo.

Esta corriente ideológica, basada en el “yo quiero, yo puedo” está convirtiendo poco a poco el sentir del hombre en el centro del universo jurídico, permitiéndole la ratificación de actos inexistentes, o realizados por un *falsus procurator ex art. 1.259* último inciso, o por un representante extralimitándose en sus poderes, o por un gestor sin mandato alguno y, para *más inri*, con retroactividad *ex tunc*. También le está permitiendo la reactivación de sociedades ya disueltas *ex art. 265 LSC* o de sociedades unipersonales, picotear qué tipo de manifestaciones (expresa, tácita o presunta) le pueden ser opuestas y qué no (aunque haya prueba de otras), elegir jurisdicciones y leyes aplicables, pactar resarcimientos vulnerando el principio indemnizatorio, etc.

2) También nacen muchas excepciones por simple confusión de términos: Así ocurre, por ejemplo:

A. Entre la *traditio* y la *traslatio*. En la época de la Roma antigua no se vendían cosas sino posiciones sobre ellas (dominio, usufructo, etc.). A diferencia del depósito o del préstamo, la compraventa no tenía

como fin trasladar la simple tenencia o control de una cosa sino transmitir a su comprador la misma posición de dominio que el vendedor había tenido hasta entonces sobre ella.

La actuación por la que se transmitía esa posición y no la mera cosa o *res* era la *traditio* (en sus variables *longa* o *brevi manu*), que nada tenía que ver con la mera *traslatio* o transmisión física de la cosa (en su variable *constitutio possessorum* o simbólicas e instrumentales).

Es más, si una de las prestaciones a realizar quedaba pendiente (*solutio*), la *traditio* quedaba suspendida, produciéndose como mucho la mera traslación física de lo vendido. Por esa razón, hace ya más de 2.500 años, la Tabula VI de la Ley de las XII Tablas establecía que, hasta que no se solucionara íntegramente una prestación (lo que incorrectamente se denomina pago que, como veremos no es más que determinar la cuantía una prestación), no se realiza una tradición o *traditio* jurídica de la cosa sino su mera traslación física.

Al no distinguirse ambas figuras, e incluso haber sido reemplazadas ambas por un tercer término “entrega” que no significa más que “íntegra” y que adjetivaría, en todo caso, únicamente a la mera traslación o *traslatio*, es por lo que se habla contradictoriamente de vender una cosa y reservar su dominio al mismo tiempo o se habla en sede de renta vitalicia 1.805 de adquisición de dominio en vez de simple *traslatio*, aunque al pobre dueño desprovisto del inmueble no se le haga la *solutio* de las rentas debidas o de permuta de solar por obra en lo que no es más que una simple traslación física a la espera del cumplimiento de una prestación constructiva.

B. También se fabrican artificiosamente excepciones a los principios generales por no entender algunos términos como ocurre con el “futuro”: se confunden, en este sentido, bien de existencia futura y bien de disponibilidad futura, que es lo que realmente prohíbe la donación en el art. 635 (como lo demuestra la aclaración que hace su apartado 2º) o también se produce confusión entre “deuda” (en realidad prestación) de existencia futura (o fianza ómnibus, que debería estar prohibida a pesar de ser práctica generalizada) y “deuda” de determinación futura, que es a la que se refiere

re realmente el art. 1.825 cuando dice “cuyo importe no sea aún conocido”. El principio de accesoriadad no prohíbe fianzas sobre prestaciones de determinación futura sino sobre prestaciones futuras. Apenas una palabra de distinción, todo un principio que se mantiene.

C. También se vulneran principios generales como el “*Nemo dat quod non habet*” por confundir términos como “dominio” e “irreivindicabilidad”, lo que ha dado lugar a la invención de las llamadas adquisiciones *a non domino*.

Los conceptos de dominio y irreivindicabilidad son equivalentes, pero equivalentes no es, ni mucho menos, lo mismo que equiparables. La función de la equivalencia en Derecho es semejante a la que cumple un comodín en un juego de cartas.

Así: 1 As y 1 Comodín ganan a 2 Reyes, pero 1 As y 1 Comodín pierden y no empatan! frente a 2 Ases reales. Y ello porque los juristas, en general, no suelen entender que la ficción “emula” a la realidad fingida para ganar a terceros, pero esa ficción cede siempre frente a la realidad por cuanto “la equivalencia cede siempre frente a la valencia”. Esa es la razón por la que la *traditio* instrumental cede frente a la real, por la que la *personitas* (mal llamada persona jurídica) cede en caso de levantamiento del velo o por la que una presunción (que la doctrina y jurisprudencia suelen confundir con un tipo de prueba, cuando justamente se articula como una falta de prueba que, aún así, permite obtener al juez convicción ⁽⁷⁾) cede frente a la prueba real de los hechos.

La figuración gráfica de la equivalencia o equiparación incompleta sería similar a la siguiente:

Irreivindicabilidad significa, literalmente, la inhabilidad de ser reivindicado. Si una persona se encuentra -respecto de una *res* o cosa- en situación de irreivindicabilidad, ello significa necesariamente que alguien distinto de él -si no fuera por esa limitación- podría reivindicarle.

Y como el único que puede reivindicar algo, en nuestro derecho, es su dueño, parece evidente y palmario que el que se encuentra en situación de irreivindicabilidad no es el dueño pues es, precisamente, es frente al dueño y su acción reivindicatoria (art. 348.II CC), respecto



del cual el ordenamiento jurídico le da a otra persona, que reúne determinadas características, la potestad legal de protegerse. Por lo tanto, basta hacer un análisis lógico muy básico de lo que conlleva el término “irreivindicabilidad” para poder afirmar que, ahí donde hay irreivindicabilidad, precisamente, lo que no puede haber es dominio.

Dicho de otro modo, si la propiedad fuera una espada y la irreivindicabilidad un escudo, el ordenamiento estaría dándole al adquirente un escudo para protegerse de la espada de su dueño. Si la intención del Legislador hubiera sido la contraria, habría dicho de forma directa y sin ambages, que le daba una espada. Y ello, entre otras razones, porque cuando la Ley le reconoce un dominio a alguien, le está dando también la irreivindicabilidad del mismo, toda vez que el único que ostenta la legitimación para su ejercicio es el dueño.

Veamos, pues, cómo se aplican estas premisas a los bienes muebles e inmuebles:

BIENES MUEBLES

El art. 464 CC establece el principio de que la posesión (en realidad tenencia ⁽⁸⁾) adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo, el que... (en determinadas circunstancias), podrá reivindicar el bien de quien lo tenga.

De este precepto, se deducen las siguientes consecuencias:

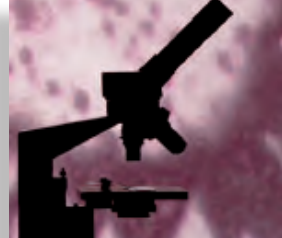
Que la tenencia con ignorancia de la falta de legitimidad del transmitente hace irreivindicable el bien mueble (464.I CC). Cuando un apartado 2º de un artículo, comienza con un “sin embargo” será reivindicable” parece lógico que el 1º sea, por contraposición, un supuesto de “irreivindicabilidad”.

Si la privación se ha producido voluntariamente por el *versus dominus* -i.e depósito y posterior venta por depositario- en tal caso, por aplicación de la regla del derecho alemán *hand wahre hand* ⁽⁹⁾, (la mano guarda la mano), solo podrá irse a reclamar el precio y los daños de aquél en quien se depositó la confianza.

Si se ha perdido por su verdadero dueño o éste último ha sido privado de ella ilegalmente (464.II): a) se convierte en reivindicable sin necesidad de abonar precio; b) o con deber de reembolso si se ha adquirido en determinados establecimientos.

Si se han adquirido en establecimiento mercantil abierto al público (art. 85 CCom), vuelve a ser irreivindicable sin excepción alguna.

En todos estos casos, sin embargo, obsérvese que el adquirente no deviene dueño, sino que simplemente adquiere, como hemos dicho, una situación de inatacabilidad o “irreivindicabilidad” frente al único que puede ejercitar tal acción (el dueño ex art. 348.II). Se trataría, en tal caso, de una equivalencia -y consiguientemente de una equiparación incompleta- frente al *versus dominus*, pero no en el título, sino en el efecto.



Esta situación perdurará hasta tanto en cuando el beneficiado por la situación de irreivindicabilidad tenga la cosa durante 3 años ex 1.955 CC, en cuyo momento y solo a partir del cual, adquirirá la condición de dueño y la perderá quien ostentaba hasta entonces esa misma condición. Mientras eso ocurra, el verdadero dueño quedará privado de la completa potestad de reivindicación, pero seguirá siendo dueño de la misma, siendo este título el que, en cualquier caso, le permitiría:

a) Exigir el precio de lo vendido y los daños y perjuicios sufridos.

b) E, incluso, si el favorecido por la situación de irreivindicabilidad fallece antes del transcurso de la usucapión, en la medida en que no es titular de un derecho (que sí se transmite ex. 1.112 CC), sino de una mera situación de *facto*, le permitirá al *verus dominus* recuperar las facultades de goce de las que fue privado.

Buena prueba de esta simple equivalencia sin equiparación es que el art. 1.955 CC nos recuerda que -aunque en su apartado 1º, se habla de la posibilidad de prescribir por la tenencia de buena fe durante 3 años- ello debe entenderse sin perjuicio, por remisión de su párrafo 3º al art. 464 CC- al hecho de que el *verus dominus* goza de algunos supuestos de irreivindicabilidad, en el ínterin, para evitar que dicha usucapión se produzca.

En todo caso, habrá que tener en cuenta que los que los hurtaron o robaron los bienes no pueden beneficiarse en modo alguno de la usucapión ex art. 1.956.

Por lo tanto, el art. 464 describe con claridad la función de la tenencia en la adquisición de los bienes muebles: sirve de título, es decir, es una equivalencia jurídica y genera una situación de irreivindicabilidad provisional, a la espera de la consolidación definitiva de dicha situación por vía prescriptiva.

Por eso, la venta de cosa ajena, aunque es válida para producir un efecto traslativo (pues el término validez sólo se refiere a la aptitud del medio elegido para poder producir un efecto y la venta, al igual que la permuta o la donación lo es), sin embargo, es ineficaz, porque es el acto de tenencia durante un período extraordinario y no su anterior acto jurídico de venta el que produce el efecto traslativo. Validez e ineficacia, en este sentido, no tienen nada que ver. No tanto porque una invalidez no conduzca a una ineficacia sino porque una ineficacia puede producirse por otras razones de muy distinto orden (vulneración de norma imperativa, falta de capacidad, etc).

Es no quiere decir que, por esa razón, vaya ya y, con seguridad, a producir efecto (todavía debe pasar el filtro de la existencia, de la conformidad o no con normas imperativas, la existencia de vicios en el proceso de formación del sentir, etc). Lo

importante es que, precisamente por su condición de primera criba, ya se sabe de seguro lo que no va a producirlo (arrendamiento, salvo que contenga una opción de compra) y lo que tiene probabilidades de que sí (una venta). Y como es un juicio apriorístico, el que sea de cosa ajena o propia ya no forma parte del juicio de validez, sino del de eficacia.

Rescapitulando, el bien mueble será: (1) siempre reivindicable frente al “ladrón” y sus cómplices o encubridores, que nunca pueden prescribir ex art 1.955 y (2) recuperable si durante 3 años (ex art 1.955), el beneficiario de dicha irreivindicabilidad fallece sin consolidar su situación de dueño frente a sus herederos.

BIENES INMUEBLES

Se plantea también en este tipo de bien la posibilidad de una *adquisición a non domino*.

Los argumentos para rebatirlo son parecidos, la diferencia es que en la legislación hipotecaria se ha “disimulado” un poco más la situación. Frente a la clara irreivindicabilidad del art. 464, el art. 34 LH nos habla, sibilinaamente, de un “será mantenido en su adquisición”. Adquisición es lo que es ⁽¹⁰⁾, aunque parece evidente que al Legislador le asaltan las dudas de “lo que es” desde el momento en que habla de “mantener”, término que no es predicable de las legitimidades jurídicas y sí de las meras situaciones fácticas. Dicho de otro modo, a un dueño no se le mantiene en el dominio sino que se le da y reconoce el mismo.

Esta solución, en cualquier caso (ya sea o no configuradora de una adquisición a non domino), no sólo es contraria a los más elementales principios del Derecho, sino que además es manifestamente injusta. Y ello por tres razones muy sencillas:

a) Porque difícilmente tiene sentido su articulación con carácter general en un sistema de inscripción voluntaria (a diferencia del sistema alemán consagrado en el § 873.1 del BGB) lo que conduce a cualquier consultor del Registro a saber que el mismo no es más que simplemente consultivo.

b) Porque no hay tampoco ninguna razón de justicia material por la

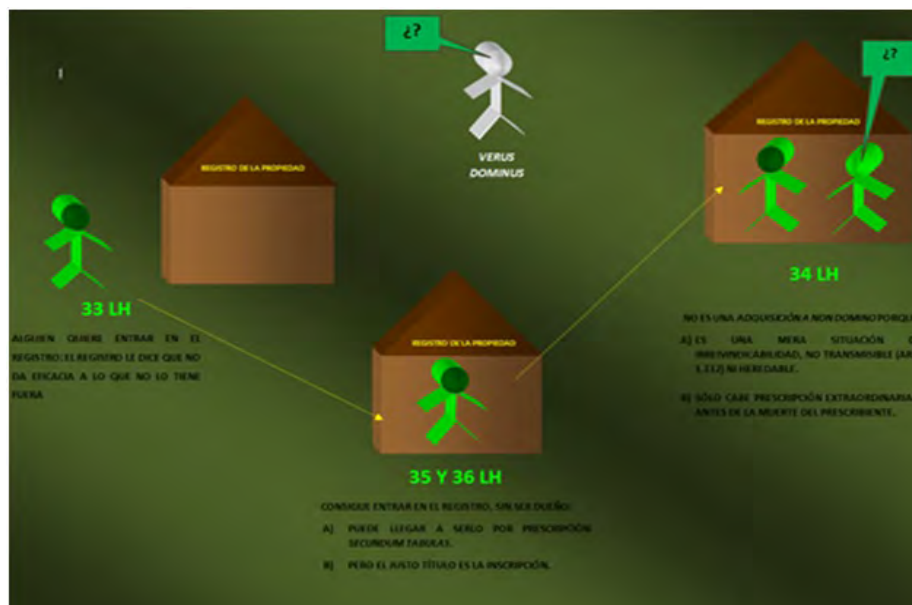
cual sea merecedor de mayor protección aquel que, por mucho que haya consultado un Registro de inscripción voluntaria, tiene a su alcance otros medios de prueba para garantizarse la titularidad de quien le vende (un simple recibo del IBI) y es él y no el dueño el que ha tenido contactos con un determinado vendedor.

c) Porque en Derecho una potestad siempre es de libre ejercicio y si no, no es potestad. Por lo tanto, si una persona tiene la potestad de no inscribir, ningún perjuicio se le puede derivar de hacer uso del mismo. Una cosa es que no puedan derivársele beneficios (lo que sí es posible) y otra, muy distinta, perjuicios como la pérdida de su legitimidad. En este caso, para más *in ri*, estamos hablando de que la alternativa es que se vea privado, no sólo de la propiedad de su bien, sino incluso seguramente de su valor, por la desaparición o insolvencia sobrevenida de alguien que él ni siquiera conoce y con el que jamás ha llegado a un acuerdo (a diferencia del ajeno a la relación jurídica con el del art. 34 LH).

El artículo 35 LH (que también es un precepto desafortunado porque el Registro debería de permanecer absolutamente neutral (art. 33 LH) y no favorecer, ni siquiera sibilinamente (acelerando el proceso), tampoco es una excepción puesto que en ella la *adquisición a non domino*: a) ni opera como justo título, puesto que es la inscripción y no la venta, la que por equivalencia produce tal efecto; b) ni como título, puesto que el título seguiría siendo la inscripción y no la venta; c) ni como efecto, puesto que lo que recoge el art. 34 LH no es un supuesto de adquisición de propiedad sino de beneficio de una situación de irreivindicabilidad, que deberá subsanarse posteriormente con una adquisición registral o *secundum tabulas*.

La neutralidad registral (de la que también se aparta el art. 1.473 CC al poner a la inscripción como dilucidadora del conflicto en la doble venta, cuando lo natural habría sido: 1º tenencia 2º escritura y 3º inscripción) razonablemente contemplada en el art. 33 LH, ya empieza a quebrarse haciendo más fácil la usucapión tabular respecto de la extratabular uniendo al tiempo de inscripción del usucapiente el de su predecesor en el Registro.

La venta de la cosa ajena es, en definitiva, como hemos visto anteriormente,



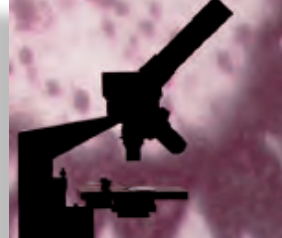
válida. Porque al ser la validez un juicio de primera criba, toda venta (a diferencia de un arrendamiento) puede producir en potencia el efecto traslativo. Sin embargo, en modo alguno es por ello dicha venta eficaz. Para empezar, porque hablar, como lo hacen algunos autores, de eficacia obligacional, es una *contradictio in terminis*.

Una venta de cosa ajena, efectivamente, puede generar deberes entre las partes, como el saneamiento. Sin embargo, la eficacia no tiene nada que ver ontológicamente con la relación jurídica del deber. El efecto, del latín *ex fectus* es precisamente lo hecho/producido fuera de esa acción o relación jurídica. Si el acuerdo es de compraventa, su efecto será el traslativo. Si es de usufructo, su efecto será el constitutivo. No vamos a calificar el argumento según el cual la venta de cosa ajena es "válida o eficaz" con el apoyo de que, en un sistema del título y el modo, la venta por sí sola no produce el efecto traslativo. Baste con decir que, por esa misma regla de tres, tampoco se puede hacer una tortilla únicamente con huevo, pues también hace falta batirlo.... Pero no por ello puede afirmarse que puede hacerse una tortilla sin huevo. El sofisma, a nuestro juicio, es más que evidente.

Tampoco me parece de recibo que se diga como argumento que el ordenamiento no contempla el cambio de dominio como una prestación del vendedor. Primero porque el dominio no es una pres-

tación del vendedor sino un presupuesto de eficacia de la venta y los presupuestos, al igual que los supuestos, se caracterizan por que se dan por debidos. También es un presupuesto la capacidad del vendedor y no hay ordenamiento que pierda el tiempo especificando que si el vendedor no reúne capacidad la venta será ineficaz. Y segundo, por que la razón de la ineficacia de la venta de cosa ajena no está en razones puramente actiales (del acto) sino esenciales y, en particular, lo que en la antigüedad eran razones esenciales (concretamente habentiales). La venta de cosa ajena es ineficaz por in-habentia o falta de habentia (haber en la dimensión filosófica de la enetia), es decir, hablando en roman paladino, porque "si no hay agua en el pozo, difícilmente se puede sacar nada". No se trata ni siquiera de la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva, cómo parece deducirse del art. 1.599 Code sino una cuestión puramente "física": sin agua no se bebe.

En contra de lo que hacen otros ordenamientos de nuestro entorno como el alemán, que sí que estableciese el deber específico de transmitir el dominio (§433 BGB) y un mecanismo específico para hacerlo (§925 BGB), en España no se hace ese pronunciamiento específico. Y a mi juicio, con buen criterio, pues son muchos los presupuestos de eficacia (sedencia, habentia, valencia, potencia y capiencia) y no tiene sentido ponerlos todos. La diferencia con la legitimidad es que, en la compraventa, se torna en el elemento



esencial de dicho acuerdo. A diferencia del resto de traslaciones (*i.e* el depositario) la compraventa no encuentra otra razón de ser que el de ser el mecanismo adecuado para que la propiedad de un bien pase de una persona a otra convirtiéndose esta última, a partir de ese momento, en el nuevo centro de goce de sus facultades o de constitución de las mismas a favor de sus "satélites".

Sin ser soluciones correctas las anteriormente indicadas y estando las mismas al borde mismo del sistema, lo cierto es que tanto el 464 CC (en los términos referidos) como el 34 LH seguirían en cualquier caso respetando nuestros principios generales y, en modo alguno y, bajo ninguna circunstancia, anuncian una adquisición a *non domino* y, menos aún, como exigencia del sistema ⁽¹¹⁾. Lo contrario conduciría a reconocer una excepción a nuestros principios generales, lo que haría que la savia no circulara por todo el árbol del ordenamiento jurídico y esa parte del mismo terminase feneciendo.

Esto mismo ocurre en el derecho alemán, en cuyo análisis se empeñan algunos autores en ver así mismo una adquisición a *non domino*, de lo cual discrepamos porque en dicho país la traslación se produce (a) A través de un equivalente de título (que consiste bien que el acuerdo notarial conteniendo el acuerdo independiente abstracto traslativo o *auflassung* -§ 873 y 925 BGB) o directamente rellenando un formulario abstracto en el Registro de la

Propiedad y (b) A través de un equivalente de efecto (nuevamente irreivindicabilidad), que se transformará en propiedad a través del instituto de la usucapión § 900 BGB.

3) Retomando las vías de nacimiento de excepciones a los principios generales, también nacen falsas excepciones como consecuencia de otra razón más grave aún: no entender la propia naturaleza de algunas instituciones.

a. Así ocurre *v.gr* cuando se dice que la potestad de desistimiento del 1.594 es una excepción al 1.256 CC: Esta potestad existe porque todo arrendamiento, incluido el de servicios, sea con o sin designación de obra, es un acuerdo de prestaciones *in faciendo* en el que la obra representa una mera referencia de coste-oportunidad a la hora de ser aceptada por su arrendador y en el que los gastos, trabajos y utilidades por la parte de obra inacabada no son "indemnización", como dice el art. 1.594 CC, sino precio. Razón por la que, si así ocurre, no se termina "anticipadamente" nada.

b. O cuando se habla de la irrevocabilidad de determinados actos. El término re-vocabilidad etimológicamente hablando significa volver a la boca. Y todo acto que salió de la boca (*ex voca*) de una persona puede volver a ella mientras no haya fallecido. Que esa revocación no llegue a tiempo para dejar de producir el efecto, nada tiene que ver con su revocabilidad.

4) En otros casos, las excepciones a principios surgen como consecuencia de inventarse otros principios, como ocurre *i.e* cuando se crea un falso principio de conservación del negocio jurídico siendo así que el art. 1.284 sólo es una aplicación específica de un principio, efectivamente, de conservación, pero no del negocio jurídico, ni tan siquiera de uno de sus acuerdos, sino de una sola de sus posiciones: el crédito *ex* 1.157 (que consagra el principio *favor creditoris*) o los que, por vía inductiva, se deducen de arts. 514 a 522, 546.3º y concordantes, de los cuales se deduce un principio de conservación de todo tipo de legitimidad (la pérdida parcial de la misma permite la subsistencia sobre el resto).

En definitiva, las excepciones surgen, como se dice en el lenguaje vulgar, "como setas". Y esto, en resumen, se produce por un análisis ⁽¹²⁾ jurídico muchas veces superficial, rápido y poco integrador, no ya de la excepción, sino del propio principio.

Si uno acomete esas aparentes excepciones desde la convicción interna de que, es cuestión de análisis y de tiempo descubrir cómo pueden y deben ser interpretadas para mantenerse dentro del *syn-tema*, tarde o temprano, todas llegarán a ser desmontadas. Pero esa y no otra debe ser la actitud, esto es, estar predispuesto a que no existan. Si, por el contrario, se cree ya de antemano en la posible compatibilidad y convivencia de excepciones y principios en el seno de ese "árbol", aparecerán infinidad de ellas a lo largo de todo el ordenamiento, se defenderá sin tapujos su existencia e, incluso, se dirá -como he tenido la oportunidad de oír más de una vez- "que un principio es más principio aún, si admite excepciones que si no lo hace", como viniendo a decir que un principio excepcionado es "más humano" o menos "riguroso", expresiones todas ellas típicas del pensamiento relativista.

Las excepciones son, sin duda alguna, el cáncer de los sistemas jurídicos modernos. Avanzan como una enfermedad, rodeando al principio y vaciándolo de contenido hasta convertirlo en un mero recuerdo. Sirva de triste ejemplo el art. 1.911 CC, cuyos artículos circundantes han sido derogados poco a poco a través de sucesivas reformas legales, quedando finalmente aislado en el Capítulo I del Tí-

tulo XVII, sin virtual aplicación a las personas jurídicas y, recientemente incluso, a determinadas personas físicas ⁽¹³⁾, en función incluso de la población en la que vivan!

5) Terminando ya con los caracteres de los principios estos son -además de absolutos como ya hemos dicho y, por lo tanto, no excepcionables- iguales y compatibles entre sí (no tienen jerarquías ni tienen territorios de exclusividad dentro del Código Civil).

Que su desarrollo sistemático se produzca preminentemente en un lugar del Código, en modo alguno quiere decir que no tenga aplicación en todas y cada una de las partes restantes de dicho cuerpo de leyes, ya sea o no mencionado ese principio dentro de las mismas. Aunque autores como PEREZ LUÑO no lo entiende así exigiendo dicha “presencia física”. Creo que huelga decir que, si en sede de tutela, un tutor ha actuado contrariamente a Derecho, nadie va a dejar de tener claro que el mismo va a responder universalmente con todo su patrimonio sin necesidad de la incorporación a dicho capítulo de un precepto que así lo diga.

6) Y, además de iguales y compatibles, los principios generales son no tasados: son principios generales todos los que están explicitados en nuestro ordenamiento jurídico, pero no están todos los que son: *nemo dat quod non habet* (que no aparece en nuestro ordenamiento más que a través de la figura indirecta del *falsus procurator* del 1.269 y, para más *inri*, sometida a ratificación) a diferencia, *vgr.* del art. 1.599 *Code civil des français*, que sí explicita tal principio.

Algunos, en una visión aparentemente científica, pero, a mi juicio, realmente positivista y, por ende, materialista, se obsesionan por exigir como condicionante para reconocer su existencia que se pueda fijar su número.

No voy a ser yo quien inicie semejante tarea hercúlea. La juzgo absolutamente innecesaria. Hace mucho tiempo que creo en la existencia de cosas, por mucho que no llegue nunca a contarlas. Si no, prueben a que caiga la noche y, dirigiendo la mirada al cielo, me dirán si existen o no las estrellas en el firmamento.

5.- FIGURAS AFINES

a. Los principios generales no son simples leyes generales, razón por la que a los mismos no les es aplicable la máxima *lex speciali derogat lex generali*, pues el principio ha dado a luz “es la madre” de ambas leyes. Si resulta que el legislador quiere aprovechar una ley especial para vulnerar un principio general, eso no convierte a la ley general en principio. Podría haberlo vulnerado también en la ley general e incluso en la misma ley general que contiene el principio explícitamente (el Legislador no suele andar nunca muy fino, como veremos).

Si alguien, por lo tanto, quiere no aplicar un principio, no debe buscar la excusa de que ese principio no es más que una ley general.

La palabra especial procede del PIE – *spek*: observar, en el sentido de que observa una situación de forma más próxima, de ahí especulo, o la palabra periscopio, porque **spek-* a veces también rota a **skep-*). Pero la relación entre lo general y lo especial no es la misma que la que puede observarse entre un principio general y su excepción. Lo general y lo especial son fuerzas paralelas y compatibles, el principio y la excepción, fuerzas contrapuestas e incompatibles.

b. Ni tampoco son los principios generales las meras reglas generales ⁽¹⁴⁾ que llenan nuestras de leyes (leyes generales o especiales).

— Porque una regla general no es más que una particularidad legislativa interna. Así, por ejemplo, es regla general que la tutela se ejerza por un solo tutor y regla especial que podrán ser dos o más en los supuestos del art. 236). Pero de esos dos simples detalles legislativos, se abstrae en un plano diferente y superior el principio general tutelar por virtud del cual dicha institución “se ejercerá siempre en beneficio del tutelado”. Ese principio, a diferencia de las meras reglas generales o especiales: (1) no tiene excepciones (2) y se aplica a todo el ordenamiento jurídico, no sólo al Título X del Libro I.

— Y la distinción con la regla general es especialmente importante, porque el conocido aforismo ⁽¹⁵⁾ “*Exceptio probat regulam*” (Celso), ha sido objeto de una exégesis

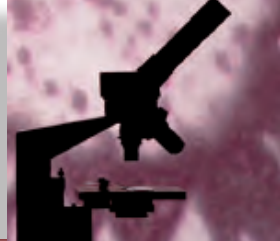


espuria por las corrientes relativistas del pensamiento:

Este juriconsulto, con el antedicho brocardo, lo único que quiso era transmitir la idea de que, observada una situación especial, se puede inducir la regla general. Así, si vemos a un policía colocar una señal móvil de prohibido aparcar de 16:00 a 18:00 en un determinado sitio, induciremos que se puede aparcar antes y después de dicha franja horaria. Pero, a estos efectos, también induciremos que, en ese sitio, normalmente, se puede aparcar. Si no, no tendría sentido que hubiese una señal temporal de prohibido aparcar donde, de por sí, nunca se puede hacerlo.

c. Ni, menos aún, los principios son simple analogía: pues entre ellos hay, al igual que ocurre entre la ética y la moral, una relación de instrumento-instrumentado. A través de la analogía se pueden descubrir principios, a través de la ética, la moral.

Los principios generales del derecho no son los cimientos de un edificio. Esta visión tiene un aspecto positivo (describe la importancia que tienen para sostener un hipotético edificio jurídico), pero presenta un grave inconveniente: que el ser humano necesita cosificar lo espiritual, encontrarle límites o *finis* físicos. Y la cimentación llega, técnicamente hablando, únicamente hasta el ras de



suelo y a partir de ahí, sin entremezclarse con el edificio, se eleva la totalidad de la construcción.

Los principios generales del derecho -puestos a buscar una comparación metafórica- se asemejan más, como ya dije, a la savia de un árbol. Es un elemento nutritivo que discurre desde la primera de sus raíces hasta la última de las hojas de su copa. No se puede decir que hay una zona donde hay savia y otra en la que no, porque es y está omnipresente. Los principios son el ordenamiento jurídico, no parte del mismo (como con enorme torpeza pone de manifiesto el art. 1.4 CC) del mismo modo que la savia no es parte del árbol y, menos aún, parte diferenciada del mismo. De hecho, si se pinza una rama y la savia deja de correr, toda esa rama y las ramas subsiguientes terminarán secándose y muriendo.

Tampoco se identifican el uno y el otro, pues su naturaleza espiritual y material es distinta, lo que hace que puedan convivir en el espacio y en el tiempo sin que haya sensación material de coexistencia. No son, pues, dos fuentes distintas que se dupliquen, son una sola, espíritu y materia de lo mismo.

Tampoco puede decirse, como ha dicho en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Supremo -siguiendo la corriente del iuspositivismo actualmente imperante- que sólo puede fundamentarse un recurso de casación con la invocación de principios generales del derecho positivizado ⁽¹⁶⁾.

Los principios se materializan, cada cierto tiempo, en un ordenamiento jurídico, como lo pueden hacer los hitos de un camino, pero sin que ello signifique que los que "asoman" sean más principios que los que permanecen "ocultos". Eso sería como decir que el Guadiana es menos río cuando discurre en subterráneo que cuando lo hace en superficie, siendo así que uno se va a su cabecera del río y tira un pañuelo rojo y luego se va a la desembocadura, podrá comprobar que es el mismo pañuelo y no otro el que aparece al final del trayecto.

Esta idea de la adaptabilidad del espíritu aparece perfectamente reflejada en un anuncio publicitario que se hizo muy conocido en los años 90 "Be water my friend" protagonizado por el insig-

ne karateka Bruce Lee cuando afirmaba aquello de: "Si pones agua en un vaso, se convierte en vaso. Si la pones en una botella, se convierte en una botella. El agua puede fluir o chocar. Sé agua, amigo mío".

Resulta curioso que la plasmación selectiva, en norma positiva, de sólo algunos de estos principios haya ocasionado tanta confusión. De seguro que, si todos ellos hubiesen permanecido meramente espiritualizados, nadie habría dudado de su evidente existencia. Bueno, quizás eso es mucho decir.

Esta idea de la adaptabilidad del espíritu aparece perfectamente reflejada en un anuncio publicitario que se hizo muy conocido en los años 90 "Be water my friend" protagonizado por el insigne karateka Bruce Lee cuando afirmaba aquello de: "Si pones agua en un vaso, se convierte en vaso. Si la pones en una botella, se convierte en una botella. El agua puede fluir o chocar. Sé agua, amigo mío".

La palabra principio viene, como he dicho, del latín *primus cepere*: lo primero en ser recibido, en clara referencia a lo proveniente del Derecho Natural. Desafortunada es en este sentido la definición que da para una idea tan sencilla el filósofo José Ortega y Gasset, cuando definía el principio como "aquello que en un orden dado se halla antes que otro ⁽¹⁷⁾". El principio no es lo que va antes que otro (con arreglo a ese criterio, el 2º va antes que el 3º y sin embargo el 2º no es el principio).

Las primeras civilizaciones tribales decidieron desde un primer momento -a través de lo que algún autor ciertamente posterior vino en denominar contrato social- cuales debían ser las primeras ideas que debían ser acogidas para regular la vida de sus congéneres. Y con base en esos principios, avanzando poco a poco, acabaron por crear el primer sistema jurídico (del griego *syn-junto*, *themá*: de pie, lo que se mantiene junto y de pie como, p.ej: Un árbol).

Cuando terminaron el *syn-thema*, nada había quedado sin recibir los principios, es decir, sin excepcionarlos (*ex cepere*: no recibir), puesto que -en un mismo *syn-thema* ⁽¹⁸⁾- *primus cepere* y *ex cepere* eran incompatibles.

En conclusión, ningún sistema y, por ende, el español entre ellos, puede admitir al mismo tiempo la existencia de un principio general como el de "*nemo dat quod non habet*" o "nadie da lo que no tiene" (Decio, *consilium* 446, núm. 4, pág. 487) y la posibilidad de que se produzcan adquisiciones *a non domino* ⁽¹⁹⁾.

Esa excepción, o cambia el sistema en su totalidad haciendo desaparecer ese principio, o crea un sistema paralelo en el que dicha excepción no excepcione ningún principio.

La coexistencia de ambas realidades (principios y excepciones) propugnada por el relativismo, genera incoherencia dentro del sistema. En palabras de Dwor-kin ⁽²⁰⁾ "Los principios aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del derecho (...) y permiten expulsar normas incompatibles".

6.- BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Derecho civil, tomo I, vol I. Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, JOAQUÍN. Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1990.

BETTI, EMILIO. L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e dogmatica). Milano, Ed. Giuffrè, 1949.

BOBBIO, NORBERTO. Teoría General del Derecho. Madrid, Editorial Debate, traducción de E. Rozo, 1991.

CABANILLAS GALLAS, PÍO. "Consideraciones sobre los principios generales del Derecho". Discurso leído el 2 de mayo de 1977 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1977, citado por Martínez-Sicluna y Sepúlveda vid. infra.

CANTERO NÚÑEZ, ESTANISLAO. «Lugar de los principios generales del Derecho

en la jerarquía de fuentes», en Los principios generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 59-88.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. Derecho civil español, común y foral, Tomo I, Volumen I, Madrid, Editorial Reus, 1982 12ª ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE. Derecho civil de España. Parte General, t. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1949 (2ª ed.).

CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. «Prólogo» a la traducción española de la obra de Giorgio Del Vecchio: Los principios generales del Derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1979 (3ª ed.).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. Sistema de Derecho civil, vol. I. Madrid, Editorial Tecnos, S. A. 1986

DWORKIN, RONALD. Los derechos en serio, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini. S. A., traducción de María Gustavino y «Ensayo sobre Dworkin» por Albert Calsamiglia, 1993. Roberto-Marino Jiménez Cano Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1-18. D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382 - 17 -

ESCRICHE, JOAQUÍN. Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, tomo III. Madrid, 1845 (2ª ed.), pp. 51 y 52.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1984 (reimpresión de 1996).

ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO. Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el derecho natural hispánico, Madrid, Editorial Reus, 1962.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. Elementos de Derecho civil, Tomo I, Vol. I, Parte General del Derecho civil, Barcelona, 1.982 (2ª Ed.).

LARENZ, KARL. Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica. Madrid, Editorial Civitas, S. A., presentación y traducción de Luis Díez-Picazo, 1993 (reimp. de la 1ª ed. de 1985). Metodología de la Ciencia del

Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, S. A., traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, 1994 (1ª ed. en Ariel, 3ª ed. española).

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. «Los principios generales del Derecho», en Revista del Instituto de Derecho Comparado, 19 (julio-diciembre 1962), citado por Rodríguez Paniagua, vid. infra., p. 58.

MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO. «Principios del Derecho y normas jurídicas», en Los principios generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 89-108.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO. «Concepto y contenido de los principios generales del Derecho», en Los principios generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 25-58.

MORAL BARILARI, JOSÉ LUIS DEL: «Presupuestos y presunciones. La carga de la prueba», Revista Justicia nº 2/2.015, págs. 439 a 459.

OSSORIO MORALES, JUAN. «Apéndice» a la traducción española de la obra de Giorgio Del Vecchio: Los principios generales del Derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1979 (3ª ed.).

PRIETO SANCHÍS, LUIS et al. Lecciones de Teoría del Derecho. Madrid, McGraw-Hill/ Interamericana de España, S. A. U., 1997.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 1987. Roberto-Marino Jiménez Cano Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1-18. D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382 - 18 -

RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ M.ª. Métodos para el conocimiento del Derecho. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1987.

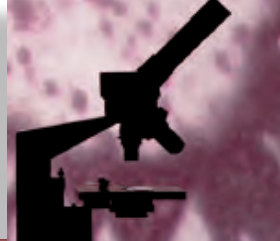
SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL. «Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica», en Los principios

generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 13-24.

VECCHIO, GIORCIO DEL. Los principios generales del Derecho. Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego, 1979 (3ª ed.).

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. La interpretación y los apotegmas jurídicológicos. Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1975.

- (1) MANS, J.M.: Los principios Generales del Derecho, Bosch, Barcelona, 1979.
- (2) BETTI, Emilio: Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Giuffrè, Milano, 1949.
- (3) DEL VECCHIO, G.: Sui principi generali del diritto, Zanichelli, Bologna, 1921: "Duplicaría el papel de la ley como fuente del derecho, como ley y como principio".
- (4) BOBBIO, N.: "i principi generali non sono tutti generali allo stesso modo, ma si dispongono su diversi piani secondo il diverso grado di generalità... potendo la stessa norma essere considerata principio generali ispetto a norme più specifiche, e norma specifica rispetto a una norma più generale.... Una familia numerosa e piuttosto eterogenea di concetti"
- (5) (Legal Maxims, pg. XIX)
- (6) Del proto-indoeuropeo *leu(ə), que da lugar a palabras como lavar, loción, letrina, diluir, diluvio, ablución, aluvión, ablutofobia o ablutomanía.
- (7) DEL MORAL BARILARI, José Luis: "Presupuestos y presunciones. La carga de la prueba", Revista Justicia nº 2/2.015, págs. 439 a 459.
- (8) El autor de este trabajo tiene pendiente de publicación un artículo denominado "La posesión: Historia de una falsa institución" en la que defiende que la posesión es una invención de aproximadamente el S. I d.C, momento en el que empezó a dejar de ser tratada como un mero ánimo (animus possidendi) que movía objetivamente la actuación física de control sobre una cosa (tentio: origen de la palabra tenencia) y no a su tenedor (intención subjetiva) para terminar por convertirse en la propia actuación en sí misma. Ese animus possidendi sólo acompañaría a la actua-



ción de un no dueño, puesto que el verdadero dueño también tiene, sólo que con animus proficiendi (de obtener provecho o provecho).

- (9) Véase José M^a Miquel RDN., jul.-dic., 1979, pág. 227 al hablar del principio Hand wahre hand⁹ del d^o alemán.
- (10) Adquisición: del latín adquisitio, compuesto de ad- acercar y quaerere: buscar, requerir.
- (11) Vid. CUENA CASAS, Matilde: «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema.». principal, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia y Nulidad de los actos jurídicos.
- (12) Del griego aná-lysis: separación repetida.
- (13) Art. 8 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- (14) Las regulae iuris son máximas o brocardos, no principios, vid. "Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados" Rafael Domingo (Coordinador) et

al, Ed. Thomson Aranzadi, 2^a Edición, 2.006 pags 23 y ss.

Regula legem indicat, non statuit (Bacon, De iustitia universali, Aphorismus 85) La regla muestra la ley, no la estatuye. El principio esencializa la ley y es imperativo en la medida en que es recogido en la propia ley o utilizada por la jurisprudencia.

(15) Aforismo, del griego apo-separado horoseñal, marca.

(16) En cuanto al positivismo, vid. Comte, August, padre del positivismo y de la sociología moderna, "Catecismo Positivista", Versión Castellana de N. Estévez, Ed. Garnier Hnos, Digitalizado 2.009.

Véase Kelsen, Hans "Teoría pura del Derecho, 1982, Ed. EUDEBA, Argentina, pág. 134.

También MASSINI Correas, Carlos Ignacio. Positivismo, Ética y Derecho. Aportaciones al debate actual entre ius positivismo y ius naturalismo. <http://www.humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0337/>

(17) ORTEGA Y GASSET, J.: "La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva", en Obras Completas, vol. 8, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983

(18) Por eso resulta, a mi juicio, incorrecta la clasificación de Luis Pietro Sanchis cuando distingue los principios como explícitos, implícitos y extra-sistemáticos (1.992, 129 y ss.; vid. También 1.997, 34 y ss.).

(19) Bien podría decirse, en términos muy actuales, que aquel que propugna la existencia de adquisiciones a non domino es, en cierto modo, un "anti-sistema", por mucho que esté dentro del statu quo de opinión.

(20) DWORKIN, R.: Taking Rights Seriously, Duckworth, London, 2^a ed. 1978. Distingue entre principios (principles) morales, medidas políticas (policies) –ambas son estándares genéricos sin consecuencias precisas- y reglas específicas (rules).

El procedimiento registral

Gabriel de Reina Tartière
Profesor Doctor de Derecho Civil
Universidad Isabel I

*En memoria de mi tío Víctor,
Catedrático de Derecho Canónico (Eclesiástico) en la Universidad de Barcelona*

SUMARIO

I. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: ASPECTOS GENERALES

- I.1. Fases
- I.2. Naturaleza

II. LA ROGACIÓN COMO INICIO DEL PROCEDIMIENTO

- II.1. Sujetos legitimados para solicitar la inscripción: interesados y presentante
- II.2. Solicitud de inscripción y presentación de documentos
- II.3. El asiento de presentación en cuanto efecto inmediato de la rogación
- II.4. Modalidades de presentación

III. LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

- III.1. El título en sentido material: actos y derechos susceptibles de acceso al Registro
- III.2. El título en su aspecto formal: el tópicos de la doble calificación

IV. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

- IV.1. Ámbito
- IV.2. Caracteres de la función calificadora
- IV.3. Plazo para calificar
- IV.4. Orden de calificación
- IV.5. Efectos

- IV.5.A. La calificación positiva
- IV.5.B. La calificación negativa: denegación y suspensión de la inscripción

V. LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

- V.1. El recurso gubernativo
- V.2. El recurso ante la jurisdicción civil: el juicio verbal registral
- V.3. El llamado impropiaemente recurso judicial

VI. LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA

BIBLIOGRAFÍA

I. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: ASPECTOS GENERALES

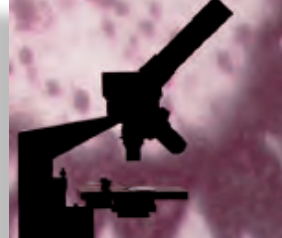
I.1. FASES

Las variaciones en el Registro no se producen arbitrariamente; resulta necesario que se cumpla cuidadosamente con una serie de actos. Esa sucesión ordenada de trámites es el llamado procedimiento registral. En él pueden distinguirse tres etapas:

- La primera se ocupa de todo lo relacionado con la rogación instada por el interesado presentando el respectivo título, con especial referencia a la operación inicial que debe realizarse por el Registro: la práctica del asiento de presentación.

- La siguiente fase comienza a partir de ese instante, llegando hasta aquel inmediatamente anterior a la toma de decisión del encargado sobre la registración del título en el folio del inmueble. Sobre este segundo estadio del procedimiento destaca la facultad de los interesados de desistir de la solicitud de inscripción ingresada.

- La última etapa aludiría a la terminación del procedimiento. Ésta tendría lugar con



la calificación del título por el Registrador, quien, tras un análisis detallado de su contenido, conforme a los aspectos que le autoriza a controlar la legislación, permitirá o no el asiento pretendido.

Fuera del procedimiento registral, en un sentido estricto, se encontrarían los posibles recursos con que se contaría frente a la calificación negativa del título. Considerando que a su través se continuaría conociendo de la pretensión calificada, su interposición no haría más que diferir la resolución última al supuesto. Sin embargo, en cada uno de estos casos nos encontraríamos ante un expediente de revisión, contingente (esto es, que no habrá de producirse si el interesado o los interesados no se deciden a interponerlo), y que, pese a su plena incidencia sobre lo actuado previamente en el Registro, se ajustaría a su propio procedimiento.

II.2. NATURALEZA

Difícilmente puede entenderse que el procedimiento registral manifiesta un proceso, en el sentido conflictual que caracteriza a éste. Aunque, según las ocasiones, cabría distinguir un cierto enfrentamiento entre posturas –de un lado, la del Registrador que rechaza un documento, de otro, la del solicitante o interesado–, no existiría en su desarrollo una pugna entre partes conforme a sus diferentes pretensiones. El solicitante sería el único personado, sin que el Registrador haya de admitir o llamar a terceros supuestamente afectados por la inscripción que se practique.

Por esa falta de contradicción que lo identifica, se ha sostenido históricamente la naturaleza de jurisdicción voluntaria del procedimiento que para la inscripción se establece. En él, no se daría conflicto alguno de intereses, pues su objeto se limitaría a integrar, dotar de pleno contenido (en nuestro caso, de general publicidad) al título inscribible. Ahora bien, esa similitud entre los procedimientos judiciales no contenciosos y los emprendidos en el Registro no sería completa, empezando por la muy distinta condición de Registradores y Jueces.

En contra de lo anterior, hay quien sostiene que el procedimiento registral se muestra como una especie autónoma dentro de los administrativos. Es la tendencia que se observa, en virtud de las últimas reformas

FICHA TÉCNICA



Resumen: En el presente estudio, la especialidad del procedimiento registral se contempla con el necesario detenimiento. Se estudian, así, a partir de la normativa hipotecaria y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los requisitos y efectos de la presentación de documentos en el Registro de la Propiedad; la importancia de la calificación como función que distingue y ensalza al Registrador dentro de los operadores jurídicos; y los diversos recursos que contra la calificación negativa se establecen en amplia garantía del derecho de los ciudadanos a que sus títulos se inscriban.

Palabras clave: Derecho registral inmobiliario, derechos reales y personales, asiento de presentación, legitimación, rogación y prioridad registrales.

Abstract: In the present study, the specialty of the registration procedure is provided in detail. Thus, based on mortgage regulations and the doctrine of the Directorate General for Registers and Notaries, we study the requirements and effects of submission of documents in the Land Registry; the importance of qualification as a function that distinguishes and extols Registrars within the legal operators; and the various appeals that are established against negative qualification in comprehensive guarantee of citizens' right to have their titles registered.

Keywords: Property registry law, property and personal rights, submission of document, legitimization, requirement and priority registration.

legislativas, en la reciente doctrina de la Dirección General. El Centro Gubernativo ha reiterado, así, que la razón de ser de las novedades introducidas en este punto por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, habría sido inyectar en el sistema registral las garantías propias del procedimiento administrativo, en atención, así, a la necesidad de que el Registrador se despache en todo caso por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; a que la calificación se sujete en su estructura a la de cualquier acto administrativo –expresando ordenadamente hechos y fundamentos de derecho con mención a las vías de recurso–; a que se notifiquen en los términos de los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992; etc.

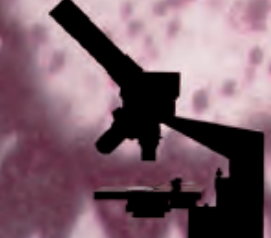
Realmente, las dos teorías que se han destacado tienen un tanto importante de razón. Quienes consideran el procedimiento registral como un expediente de jurisdicción voluntaria no deberían olvidar que el fundamento originario de ésta se concreta en la necesidad histórica de atribuir al poder judicial determinados actos de naturaleza administrativa; el marcado interés privado que en ellos concurre (autorización para contraer matrimonio, nombramiento de tutor o curador, etc.) habría hecho conveniente que un órgano independiente gestionara y, por ende, controlara su proce-

dimiento. Aquellos otros que postulan por su naturaleza administrativa no podrían obviar que el régimen jurídico del Registro se inspira y, las más de las veces, necesita de un proporcionado alejamiento de las reglas comunes del ordenamiento administrativo. En este orden fíjese en que, según Sancho Rebullida:

- El procedimiento registral versaría sobre derechos privados.
- La impugnación de los actos a los que diera lugar no discurriría por vía auténticamente administrativa, ni su resolución sería susceptible de recurso contencioso-administrativo.
- La Administración no sería parte.
- Los superiores jerárquicos del Registrador no podrían inmiscuirse en sus actuaciones; no podrían instruirle para que se despachara positiva o negativamente sobre el título que se encuentra en espera de calificación.

De todo lo anterior, y siguiendo con Sancho, se habría de concluir en favor de la autonomía del procedimiento registral en el contexto de nuestro ordenamiento. El autor realiza en este sentido las siguientes observaciones, que hemos de compartir:

- El procedimiento registral constituiría un tercer género entre la jurisdicción y la Administración, por cuanto la actuación



regstral se asemeja, de una parte, a la judicial, y de otra, presenta rasgos administrativos, rasgos hoy puestos de manifiesto en cuanto a la necesidad de extender a las relaciones ciudadano-Registro el plexo de garantías que se reconocen en la Ley 30/1992. Con tal intención debería, por tanto, comprenderse la última doctrina de la Dirección General sobre la necesaria «administrativización» del trámite regstral.

- En el plano de la eficacia práctica, la autonomía que del procedimiento regstral se mantiene se reflejaría en una regulación propia y suficiente, sin que resulte directamente aplicable la legislación procesal (aun en materia de jurisdicción voluntaria) ni la Ley de Procedimiento Administrativo, ésta más allá de lo imprescindible.

- Supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, funcionalmente, sin embargo, se acerca más a lo jurisdiccional; la calificación del Registrador consiste, en este sentido, en un juicio lógico en condiciones de independencia jerárquica. «Y el fin público al que tiende –publicidad general de los derechos, exactitud del Registro en beneficio de todos– ocupa un segundo término en relación con la finalidad privada a que el procedimiento se halla *directamente* orientado: la constancia y consiguiente publicación (eficacia sustantiva) de un derecho privado, que será mantenido mientras no se declare inexacta por los tribunales, bajo cuya salvaguardia se encuentra».

II. LA ROGACIÓN COMO INICIO DEL PROCEDIMIENTO

II.1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA INSTAR LA INSCRIPCIÓN: INTERESADOS Y PRESENTANTE

La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente, establece el artículo 6 de la Ley Hipotecaria:

- Por el que adquiera el derecho.
- Por el que lo transmita.
- Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

El precepto está pensando en los particulares, razón por la cual falta en el elenco la mención a las autoridades públicas, judiciales o administrativas, que puedan librar los oportunos títulos registrables. Para ellas, la solicitud de inscripción no puede considerarse, desde luego, facultativa. El artículo 36 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 establece así la obligatoriedad de la inscripción para los órganos administrativos, los cuales «deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el

caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria.

Volviendo a la legislación hipotecaria, debe distinguirse para una mayor claridad entre interesado y presentante (solicitante o peticionario). Muchas veces, ambos roles suelen coincidir: es el caso del comprador que presenta la escritura de la compraventa a inscripción. En el concepto de interesado, entrarían las dos primeras categorías del artículo 6 de la Ley Hipotecaria; así, en los contratos, cada una de las partes, pero también todo aquel que hubiera de salir favorecido, que requiera, para asegurar su derecho, que se inscriba con anterioridad un título distinto al suyo. Precisamente es este sujeto al que pretendería legitimar la tercera letra de la norma legal.

La mejor expresión de la protección de que tal forma se viene a dispensar a este «tercero interesado» se encuentra en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario, que establece cómo ha de proceder el titular de un derecho real impuesto sobre fincas ajenas (por tanto, de una carga o gravamen, aun judicial) para obtener la inscripción del título del propietario. Las reglas son las siguientes:

1.^a El interesado presentará su título en el Registro de la Propiedad, solicitando que se tome anotación preventiva por falta de previa inscripción.

2.^a Practicada la anotación, se requerirá al dueño, notarial o judicialmente, para que en el término de 20 días, a contar desde el requerimiento, inscriba su propiedad, bajo apercibimiento de que si no lo verificare o impugnare tal pretensión dentro de dicho término, podrá el anotante del derecho real solicitar la inscripción como establece la regla cuarta.

3.^a El dueño no podrá hacer la impugnación sin solicitar a la vez la inscripción del dominio por cualquiera de los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria.

4.^a Transcurrido el plazo de 20 días, el anotante, justificando el requerimiento practicado, podrá pedir la inscripción del dominio. Si no tuviere, como será lo normal, los documentos necesarios, acudirán al juez o jueces donde radiquen los archivos en que se encuentran, para que, con citación del dueño, mande sacar copia de ellos y se le entregue al anotante a dicho objeto y, en



defecto de documentos o cuando, siendo defectuosos, no opte por subsanarlos, podrá justificar el dominio del dueño en la forma que prescriben la ley y este reglamento.

5.^a El Registrador inscribirá el dominio, dejando archivado, en su caso, el documento en que conste el requerimiento, del cual dará las certificaciones que los interesados soliciten y convertirá en inscripción definitiva la anotación del derecho real.

Como vemos, en apreciación general de la que el supuesto es fiel correlato, la cualidad de interesado funciona, se reconoce solidariamente, lo que significa que con que uno de los interesados posibles demande la inscripción de un título, no podrá cualquiera de los restantes oponerse a que se inscriba.

Todos los sujetos anteriores se considerarían, pues, interesados, pudiendo solicitar la inscripción personalmente o a través de quienes, legal o convencionalmente, los representen. En este sentido, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario tiene por representante a quien simplemente solicite la inscripción de un título en el Registro, con lo que, al final, la entrada del título en el Registro no podrá rechazarse por falta de legitimación.

Pero, por más que frecuente, la coincidencia entre interesado y presentante no es necesaria. Siendo tal el caso, y no gozando el mero presentante de poder o título habilitante como sí ocurre con el representante, parecería lógico que su margen de actuación en cuanto a los trámites que hubieran de seguir a la solicitud de inscripción se viera restringido. Sin embargo, el Reglamento Hipotecario, sin duda con un criterio funcional, aún le otorga una serie de facultades más allá del momento de la presentación. Así, la de recibir la notificación de la calificación desfavorable al despacho del documento (art. 429 del RH), la de solicitar la anotación preventiva por defectos subsanables (art. 430 del RH) e, incluso, la de poder desistir, mientras todavía no se haya despachado, del asiento solicitado (art. 433 del RH). ¿Quiere decir esto que el presentante, cuando no sea interesado, es libre de renunciar a la inscripción, aun sin contar con quien, como, por ejemplo, el adquirente, lo sea? La respuesta afirmativa no convence y ello por cuanto el desistimiento excede de lo que debe considerarse dentro de una gestión ordinaria, pues aunque en primer término sólo implicaría la abdi-

cación de la instancia previa, ésta traería consigo la inoponibilidad registral de un derecho frente a otros titulares que, favorecidos por el desistimiento, podrían llegar a excluirlo.

El propio artículo 433 del Reglamento Hipotecario que admite el desistimiento del presentante con carácter expreso, al rechazar asimismo el desistimiento que perjudique a tercero, fundamentaría esta interpretación. Es verdad que, en estricta técnica jurídica, los interesados no serían terceros respecto a los distintos trámites que rodeen a la inscripción del título en el que han intervenido o del que surgen derechos a su favor. Sin embargo, sí lo serían, en buena lógica, respecto de un acto (el de desistimiento) al que no hubieran comparecido y del que tan siquiera hubieran podido tener conocimiento. Por ello, el Registrador, al recibir una solicitud de desistimiento del presentante que no tuviera la condición de interesado conforme al artículo 6 de la Ley Hipotecaria, debería tomar la precaución de compulsar el sentir de los interesados en la inscripción.

Ejemplo 1

Es por cuanto se ha sostenido hasta aquí que el adquirente del dominio no podría desistir de la inscripción de su título, cuando a continuación se hubiera presentado un gravamen constituido por él sobre la finca, pues, si se aceptara el desistimiento, el principio de tracto sucesivo impediría la inscripción del segundo título. En sentido contrario, nada obstaría a que el titular del gravamen instara su desistimiento, pues con ello no se impediría que se inscriba el título adquisitivo.

En último lugar, por lo que respecta a las cuestiones concernientes a este punto, corresponde señalar que la intervención de letrados y procuradores no se contempla como necesaria ante el Registro, lo cual no impide que los interesados puedan contar con sus servicios, en calidad, entonces, de representantes [ex art. 6 de la LH, letra d)].

II.2. SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO

La simple petición es insuficiente para la inscripción de un título. Se hace imprescindible adjuntar, presentar en el Registro, el documento donde se recoja el acto inscribible. En cambio, la presentación del documento, sin acompañarla de la solicitud para su inscripción, vale como petición tácita o presunta.



Mientras que la presentación no tiene mayor ciencia que comprender el ingreso material que del título supone, de la solicitud dependerá directamente el exacto contenido del asiento que haya de practicarse. En función del principio de rogación, la calificación, el examen que del fallo haga el Registrador, puede reconducirse así a aquellos extremos que los interesados le hayan manifestado en la solicitud. En este sentido, cabe imaginar el supuesto de que, siendo varios los derechos instrumentados en una escritura, se pida la inscripción de uno solo de ellos.

Si, como es lo normal, el interesado no limita el objeto de conocimiento por parte del Registrador en torno a alguno de los actos inscribibles, se entenderá, conforme al artículo 425 del Reglamento Hipotecario, que «la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro».

II.3. EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN EN CUANTO EFECTO INMEDIATO DE LA ROGACIÓN

Presentado un título en el Registro, de inmediato se hará constar en el Libro Diario una breve indicación, a modo de extracto, del título. Este asiento, denominado de presentación, será el primero que cause en el Registro, y tendrá capital importancia para la determinación –y conservación mientras hayan de subsanarse los defectos que advierta en la calificación del Registrador o se recurra contra ella– de la prioridad de la que haya de gozar frente al resto.



Como es muy factible que el asiento de presentación no pueda ser extendido al momento de ingresar el título en el Registro (por estar practicándose los de otros anteriormente presentados, por el número de títulos, por verificarse la entrada en hora próxima al cierre, o por cualquier otra causa), los Registradores llevan un Libro de Entrada donde se hace constar de modo inmediato la presentación de los títulos por el riguroso orden en que hayan ingresado los documentos, con expresión de la persona que los presente, el tiempo exacto de su presentación, indicando la unidad temporal precisa, el medio de presentación, sea físico, por correo, por telefax o por remisión telemática, y los datos precisos que permitan identificar la finca afectada por el título presentado. En todo caso, en el mismo día en que se hayan presentado personalmente los documentos, el Registrador actualizará el Libro Diario extendiendo los asientos de presentación pendientes por su orden de entrada. De este modo, se extienda el asiento de presentación inmediata o posteriormente, la prioridad del título siempre será la que marque el momento exacto de presentación, sin que la operatoria interna, la carga de trabajo del Registro, pueda afectarla.

Al presentante se le entregará recibo en el cual se expresará la especie de título entregado, el día y hora de su presentación y, en su caso, el número y tomo del Diario en el que se haya extendido el asiento de presentación.

En el asiento de presentación se expresarán necesariamente:

- El nombre y apellidos del que presente el título.
- La hora de su presentación.- La especie de título presentado, su fecha y autoridad o notario que lo suscriba.
- El derecho que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga por el título que se pretenda inscribir.
- La naturaleza de la finca o derecho real que sea objeto del título presentado, con expresión de su situación y de su nombre y número, si lo tuviere.
- El nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se pretende hacer la inscripción o asiento de que se trate.
- La firma del Registrador en todo caso y la de la persona que presente el título, si lo solicitare.

Extendido el asiento de presentación, si la finca constare inscrita, inmatriculada, se hará referencia en el folio de ella a la presentación, para simplificar la labor del Registrador para cuando, por ejemplo, se le solicite una nota simple o una certificación, asegurando que se incluyan en la información que emita los títulos pendientes de despacho.

En este punto, se plantea si el Registro puede rechazar la solicitud *a limine*, esto es, «a su mera presentación». La presentación de documentos privados en aquellos casos en los que legalmente no se permite su ins-

cripción, los atinentes a fincas situadas en otros distritos registrales, son supuestos de exclusión expresamente referidos en el artículo 420 del Reglamento Hipotecario. El precepto faculta además al Registrador a no despachar asiento de presentación para aquellos títulos que contengan derechos que «por su naturaleza o finalidad» no puedan provocar asiento alguno. Pero se trata de un motivo que, por incorporar un necesario análisis de fondo, no debería producirse en este momento, sino en el de calificación. En otras palabras, convendría que el Registrador aceptara a su entrada estos documentos, dejando para su calificación la explicación de los motivos por los que habría de denegarse el asiento solicitado.

II.4. MODALIDADES DE PRESENTACIÓN

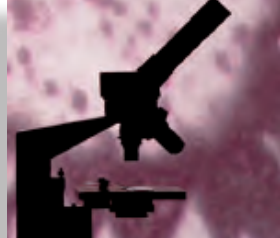
En la legislación se distinguen las siguientes modalidades de presentación:

• **Presentación física.** Es el supuesto más tradicional; sólo puede realizarse durante el horario de apertura al público del Registro.

• **Presentación por correo.** Si el título se recibe por correo, se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día.

La presentación por correo de títulos registrables plantea el problema de la simultaneidad temporal en su momento de recepción, puesto que, si son varios los títulos presentados por este medio, no habrá posibilidad material de jerarquizarlos por orden cronológico cuando se abra el correo del día. En atención a la complejidad de la situación, cuando los distintos títulos sean contradictorios entre sí, el Registrador se abstendrá, en buena ley, de definir unilateralmente cuál haya de ser preferente.

El artículo 422 del Reglamento Hipotecario manda así que se tome anotación preventiva de cada título, «expresando que se hace así porque no es posible extender la inscripción, o, en su caso, anotación solicitada, hasta que por los propios interesados o por los tribunales se decida a qué asiento hay que dar preferencia. Al margen de los respectivos asientos y al pie de los documentos se pondrá nota expresiva de la operación practicada. Los documentos se devolverán a la persona o autoridad de que procedan para que aquélla use de su



derecho si le conviniere y ésta, en su caso, dicte las providencias que estime pertinentes». Estas anotaciones caducarán al término del plazo señalado en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, «si dentro del mismo no acreditaren los interesados, mediante solicitud escrita y ratificada ante el Registrador, haber convenido que se dé preferencia a uno de los asientos, o no se interpusiere demanda para obtener de los tribunales la declaración de preferencia. Si mediase convenio, el Registrador atenderá la manifestación hecha por los interesados y archivará la solicitud en el correspondiente legajo. Si, por el contrario, se promoviese litigio, el demandante podrá solicitar que se anote preventivamente la demanda y expedido el oportuno mandamiento al Registrador, extenderá éste la anotación y pondrá al margen de las anteriormente verificadas una nota de referencia en los siguientes términos: "Presentado en (tal día) mandamiento para la anotación de demanda deducida por..., según consta de la anotación letra..., folio..., tomo..., queda subsistente el asiento adjunto hasta que recaiga sentencia ejecutoria". En virtud de la ejecutoria que recaiga se practicarán los asientos que procedan».

De esta manera, el conflicto planteado por dos títulos de compraventa otorgados por un mismo vendedor, ingresados en el Registro a un tiempo, se dirimiría transitoriamente anotando sus títulos con idéntico grado. En realidad, nos encontramos ante un cierre registral de tipo recíproco, pues ninguno de los derechos se registrará en tanto en cuanto conste el otro. En esta hipótesis, mantenerse inactivo no garantizaría la inscripción de ningún título, necesitando del convenio entre los interesados (o, al menos, de la renuncia de uno de ellos) o, en su defecto, intervención judicial.

• **Presentación a través de otro Registro de la Propiedad.** Si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica en éste del correspondiente asiento de presentación.

• **Presentación por telefax.** Se trata de una posibilidad sólo permitida a notarios y autoridades judiciales y administrativas (*vid.*, entre otros, aunque especialmente, art. 629 de la LEC). Los documentos presen-

tados por telefax se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general a excepción de los que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, simultáneamente con las demás que hubieran ingresado de igual forma o se presenten físicamente a esa misma hora y en ambos casos en atención a lo previsto por el artículo 422 del Reglamento Hipotecario en relación con la presentación simultánea de títulos.

El concepto genérico de título encuentra en sede registral dos connotaciones: una adjetiva o formal, en cuanto a la calidad del documento donde el título haya de recogerse (título formal), y una sustantiva o de fondo, en cuanto sólo ciertos actos y derechos sobre inmuebles pueden ser inscritos por mucho que se recojan, se instrumenten siguiendo esos requisitos formales (título material).

• **Presentación telemática.** Como la anterior modalidad, la electrónica se encuentra restringida directamente a los particulares, que sólo podrán beneficiarse de la celeridad de sus efectos a través de la «intermediación» del autorizante (notario) del pertinente título. A estos efectos, la comunicación electrónica vendría a asegurar un acuse de recibo digital mediante un sistema de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título, dispone el artículo. De tal manera que, si el título ingresa en horas de oficina, el Registrador procederá conforme a las pautas generales, pero si lo hace fuera de horario, el asiento de presentación se despachará en el día hábil siguiente aunque, a diferencia de lo que se dispone para los títulos presentados por telefax, según el riguroso orden de presentación que acreditará el sellado temporal referido.

III. LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

El concepto genérico de título encuentra en sede registral dos connotaciones: una adjetiva o formal, en cuanto a la calidad del documento donde el título haya de reco-

gerse (título formal), y una sustantiva o de fondo, en cuanto sólo ciertos actos y derechos sobre inmuebles pueden ser inscritos por mucho que se recojan, se instrumenten siguiendo esos requisitos formales (título material). En su desarrollo comenzaremos por éste.

III.1. EL TÍTULO EN SENTIDO MATERIAL: ACTOS Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ACCESO AL REGISTRO

El capital artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece que en el Registro de la Propiedad se habrán de inscribir:

1.º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3.º Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

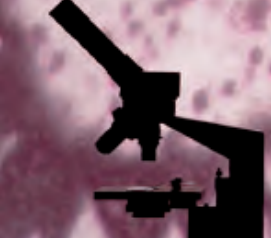
4.º Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

6.º Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

Para una crítica del precepto, Díez-Picazo entiende que presenta un marcado carácter asistemático, justificado probablemente por su origen histórico.

«Procede, con muy leves variaciones en su redacción, del primitivo texto de la Ley de 1861, en el cual eran seguramente necesarias determinadas puntualizaciones y aclaraciones, que aparecen como redundantes. [Al margen de ello] por lo que se refiere al objeto de las inscripciones, contienen la regla general los párrafos 1.º y 2.º



y una regla especial para los contratos de arrendamiento el párrafo 5.º. Los párrafos 3.º, 4.º y 6.º en rigor no pertenecen al sistema o núcleo de problemas que el precepto trata de ordenar. En el párrafo 3.º no se contempla nada más que un supuesto especial de transmisión y adquisición del dominio y de los derechos reales, incluido ya en el párrafo 1.º. El párrafo 4.º contiene una regla de naturaleza especial que no pertenece en rigor a la delimitación objetiva de la materia de las inscripciones, sino a la facultad o poder de disposición del titular respecto del derecho inscrito. Por último, el párrafo 6.º tampoco contiene ninguna regla nueva, sino que se limita a hacer una aplicación muy concreta de lo ya establecido en los párrafos 1.º y 2.º.»

Así, parece «más riguroso el reglamento cuando dice, refiriéndose a la misma hipótesis, que serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas (art. 4 del RH)».

La lista no es cerrada, como surge del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en cuanto «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascen-

dencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Del artículo reglamentario, sabemos, se deriva una cierta fundamentación del *numerus apertus* de los derechos reales en nuestro Derecho, pero también, para lo que aquí más propiamente nos interesa, un criterio de inscribibilidad genérico basado en la *trascendencia real* que haya de tener el acto o derecho que se presente. Es un término vago, ciertamente, concepto jurídico que habrá de ser calificado en cada caso por el Registrador, a reserva de la labor de uniformidad que viene tratando de cumplir la Dirección General de los Registros y del Notariado en la materia; si no fuera por ella, la inseguridad en la materia sería insoportable, pues bien puede pasar que lo que para un Registrador sea inscribible, para otro no pueda serlo en absoluto.

Con todo, en una obra como ésta, se hace necesario aproximarnos cuanto se pueda al concepto. Y es que si buscamos una definición en abstracto de lo que debemos entender por trascendencia real, se trata éste de un concepto que deriva, como expresa el propio artículo 7 del Reglamento Hipotecario, de la construcción dogmática en torno al derecho real, concepto superior pero al que también hay que dotar de contenido. Constituiría, entonces, materia inscribible cualquier derecho real por el hecho

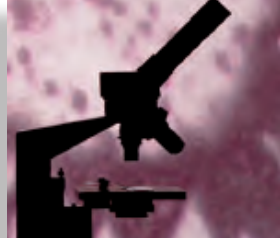
de serlo, esto es, por el hecho de conferir un poder directo sobre la cosa, así como todo «pacto que, recayendo sobre el contenido de poder inmediato atribuido en la cosa, modifique la configuración típica del dominio o de cualquier otro derecho real» (Gordillo).

Frente a ello, las relaciones obligatorias, aquellas donde el objeto inmediato consiste en la prestación a cargo de un sujeto especialmente obligado, por más que el objeto de esa prestación (objeto mediato, por tanto, de la relación) sea inmobiliario, no serían por principio inscribibles. Y digo por principio porque frente a las relaciones reales que encontrarían abierto en bloque el Registro, las relaciones personales podrán hacerlo no obstante, pero siempre que exista, cual excepción, una previsión específica habilitante. Ocurre ello con los contratos de arrendamiento, dándose determinadas circunstancias, el derecho de opción de compra o el derecho de retorno de los inquilinos desalojados por derribo de la finca para reedificarla.

III.2. EL TÍTULO EN SU ASPECTO FORMAL: EL TÓPICO DE LA DOBLE CALIFICACIÓN

Al objeto de la inscripción en el Registro, se precisa del pertinente *instrumento público* (notarial, judicial o administrativo) que acredite el título que se presenta. A partir de la regla general del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el Registro vendría a abrir sus puertas casi en exclusiva a los instrumentos públicos, independientemente de su origen notarial (escritura pública), judicial o administrativo; por definición, instrumentos de carácter auténtico y fehaciente en cuanto hacen plena prueba del hecho que motiva su otorgamiento, de las declaraciones contenidas y de la fecha señalada de formalización.

Centrándonos en los títulos de índole contractual, para que puedan inscribirse deben, pues, formalizarse ante notario. El notario, al autorizar un documento público, comprobará que reúne todos los requisitos exigidos por la legislación para que el negocio documentado produzca sus efectos. Como establece el artículo 145 del Reglamento Notarial, «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consen-



timiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Ahora bien, si esto es así y teniendo en cuenta que esos títulos deberán pasar también el posterior control de legalidad en que consiste la calificación del Registrador –de cuyo alcance y consecuencias nos ocuparemos en el epígrafe siguiente–, la pregunta surge obligada: ¿qué justificaría este doble juicio de legalidad, a saber, la necesidad de que el Registrador controle la legalidad de lo que ya ha pasado por el notario con la consiguiente ampliación de costes para los particulares?

(...) no puede soslayarse que el notario realiza su función bajo la idea de cliente, que es de esencia al notariado y nada tiene que ver con el Registro. Es verdad que el notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un abogado defensor del mismo.

Entre todos los argumentos posibles en procura de una respuesta a la pregunta, y siguiendo en sus líneas generales la exposición que García García ha realizado al respecto, se desarrollan a continuación los cuatro que siguen:

- En primer lugar, no puede soslayarse que **el notario realiza su función bajo la idea de cliente, que es de esencia al notariado y nada tiene que ver con el Registro**. Es verdad que el notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un abogado defensor del mismo. Pero también que mantiene, o puede llegar a mantener, una íntima relación con el cliente, tratando de encontrar la fórmula idónea para sus intereses, y en estas condiciones faltan las condiciones de objetividad para que el juicio notarial de legalidad sea definitivo y decisivo en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario y de los principios y efectos de dicho tráfico.

Por su parte, «la calificación del Registrador hace abstracción plena de los intereses

y de los motivos que inducen a las partes a la transacción, a diferencia de la actuación notarial, puesto que la proximidad del fedatario a los interesados puede generar presiones que influyan en la redacción técnica del negocio documentado» (Arnaiz Eguren).

- En segundo lugar, aunque relacionado con la nota anterior, se ha de destacar **la libertad de elección de notario por parte del público**. Esta característica del sistema notarial, que le imprime indudable carácter profesional, determina que su juicio de legalidad no pueda ser definitivo o pleno, sino provisional, ya que al no existir por principio un sistema obligatorio de competencia, un particular que ha recibido un determinado juicio de legalidad por parte de un notario siempre podrá acudir a otro que emita un juicio de legalidad quizás diferente, pues las personas son distintas y en Derecho también son diferentes los criterios jurídicos. En cambio, el Registrador «actúa en su calificación bajo el sistema de competencia territorial, según el lugar de situación de la finca, sin que pueda acudir-se a un sistema de libre elección porque está en juego la organización de los principios registrales del historial de una finca, y si hubiera Registradores que pudieran actuar por libre cada uno reuniendo el historial de la finca, se duplicarían tales historiales y sería un sistema antieconómico, lo que unido a que están en juego problemas del derecho de propiedad y de los derechos reales, que son de orden público, justifica el sistema obligatorio de competencia territorial y la intervención del Estado en este punto» (Arnaiz Eguren).

- Un tercer aspecto importante lo refleja **el juego de las llamadas advertencias notariales**.

Cuando se aportan documentos insuficientes o no se aportan tales documentos y es urgente el otorgamiento de la escritura, cabe la fórmula de otorgarla haciendo las correspondientes «advertencias» previstas en la legislación notarial. Sin embargo, el Registrador siempre ha de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales susceptibles de calificación, con total independencia de que hayan sido advertidos o no por el notario. En otras palabras: el sistema de advertencias resultará muy oportuno cuanto está en juego la urgencia de un otorgamiento con su fecha, pero no posibilita un juicio definitivo y pleno



de legalidad a efectos de los principios del tráfico jurídico inmobiliario, requiriéndose el complemento de la calificación registral en que no existe ese sistema de advertencias, sino supuestos de asientos temporales como el asiento de presentación y las anotaciones provisionales «que permiten dar prioridad a esas situaciones sin producir los efectos plenos hasta que no se cumplan los requisitos de legalidad derivados de la calificación registral» (García García).

- El cuarto y último argumento descansa en la propia **distinción entre forma (notarial) y publicidad (registral)**; se trata, por ello, del de más peso científico. Ordinariamente la forma se concibe «como algo añadido al acto y exterior a él, como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos, de que sin ella carecería, y que suelen agruparse bajo la designación común de publicidad de la relación: algo que sin forma permanecería secreto entre las partes, y sólo entre ellas sería eficaz, al recibirla se hace público, puede ser debidamente probado, y llega a alcanzar la plenitud de sus efectos, incluso frente a personas ajenas a la relación. Esta idea, sin embargo, es inexacta: en primer lugar, porque toda relación exige para poder constituirse una forma determinada, por sencilla que ésta sea, aunque se trate de una mera manifestación del consentimiento; en segundo término, porque, como fácilmente se deduce de lo anterior, no toda forma

implica necesariamente publicidad» (De Cossío y Corral).

Ciertamente, la publicidad debe diferenciarse de la forma, por más que ésta también conlleve exteriorización. «La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra (forma verbal) o por escrito (forma escrita, ya sea en documento privado o público). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico.

La forma es anterior a la publicidad. Ésta es un ulterior grado de exteriorización, que opera en un campo diferente. Primero es la forma del acto y luego, sobre la base de una forma pública –normalmente– está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto». Mientras que la forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico, la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta y se refiere fundamentalmente a las partes, facilitando que la operación subyacente sea alegada frente a terceros, pero carece de esa «finalidad de producir cognoscibilidad general, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad» (García García).

Por ello, puede decirse que en la forma el interés predominante es el de las partes, el de quienes cumplen, obligatoria o facultativamente con ella; en tanto que la publicidad se perfila con vistas a terceros, a aquellos que no han sido ni son partícipes de relación formalmente constituida, aunque la ley prevea que puedan quedar afectados a resultas. Ante intereses tan distintos, la dualidad de operadores jurídicos se justifica.

IV. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

IV.1. ÁMBITO

La calificación registral ha de definirse con Roca Sastre como «el examen, censura o comprobación que hace el Registrador de la legalidad de los títulos presentados, antes de proceder a su registración, accediendo a ello si fuera procedente y denegando o suspendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a Derecho». En palabras de la Dirección General, «es la actuación jurídica por la que el Registrador decide si el título y el acto o negocio jurídico que documenta accede al Registro».

Sobre la calificación, la norma fundamental se encuentra en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por el cual se establece que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». A partir del precepto, puede desglosarse el ámbito de la calificación registral en torno a tres dimensiones que funcionan en unidad de acto. Son las siguientes:

Sobre la calificación, la norma fundamental se encuentra en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por el cual se establece que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

- **Formal.** En un primer término, la calificación se extiende en torno a las *formas extrínsecas del documento*, esto es, al componente externo de los documentos, a sus aspectos formales; así, su autenticidad, la competencia del notario o funcionario autorizante, los requisitos que se exigen por ley para que esté válidamente constituido u opere frente a terceros, la falta de descripción de datos que hayan de plasmarse en el asiento que se pida, etc.

- **Sustantivo.** Pero escasa proyección tendría el principio de legalidad, la calificación registral, si no pudiera despacharse sobre la validez intrínseca de lo acordado: se rebajaría, entonces, a una suerte de ratificación de lo autorizado antes por el notario. El Registrador no se limita, ni puede, al estudio de lo formal, pues son graves los efectos que la inscripción ha de producir. La calificación, pues, alcanza toda su grandeza en esta segunda dimensión, contemplada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando alude a la *validez de los actos dispositivos*.

Controlará el Registrador, así, la corrección del título en cuanto a su causa, objeto y consentimiento (con inclusión aquí de la cuestión relativa a la capacidad de las partes). La única salvedad que habría en este sentido sería de orden funcional, en cuanto los aspectos susceptibles de control han de reflejarse explícita o implícitamente en el documento, quedando excluidas, por ejemplo, las causas de nulidad detectables mediante prueba ajena al título.

A esta segunda dimensión del control registral correspondería igualmente la verificación de la *trascendencia jurídico-real* de la figura acordada, atento lo expresado en páginas anteriores sobre el concepto.

- **Registral.** Por supuesto, el Registrador tiene que comprobar en todo caso que no existe obstáculo registral para la inscripción del título presentado. Se trata de un condicionante esencial a la dinámica del Registro, a la congruencia del orden jurídico registral. La matriculación previa de la finca, la titularidad registral de quien en el título aparece como disponente o la inexistencia de un título de fecha igual o posterior con el que el presentado fuera opuesto o incompatible, constituirían destacadísimos ejemplos.

IV.2. CARACTERES DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA

Siguiendo a Chico y Ortiz, pueden enunciarse como caracteres de la función calificadora, la función que distingue al Registrador, los siguientes:

- **Es una función de control pero a la vez creadora.** En su actuación, el Registrador interpreta, califica y establece consecuencias jurídicas. Se trata de un funcionario público, pero las características de su actividad le separan, como dice Lacruz, de cualquier tipo de funcionario administrativo. No estamos ante un mero burócrata al servicio de la Administración.

- **Es una función independiente.** El Registrador de la Propiedad, en nuestro sistema descentralizado por circunscripciones territoriales, está vinculado al Colegio Nacional de Registradores y a las instrucciones y resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente ésta del Ministerio de Justicia. Pero se trata de una dependencia sustancialmente orgánica. De ahí que, al ejercer su función, al calificar un título, se convierta en «autoridad» única que decide por sí y ante



sí, bajo su exclusiva responsabilidad, si el acto resulta o no inscribible. Se trata de una nota perfectamente compatible, en aras de la necesaria uniformidad y previsibilidad jurídica, con que deba, en esa su actividad, quedar vinculado por la doctrina de la Dirección General en la materia (cfr. art. 327 de la LH, penúltimo párr.).

Vista desde el lado de los particulares, la independencia del Registrador se cifra en su imparcialidad, de la que, a su vez, surge como correlato la imposibilidad que tienen los interesados de elegir Registrador. Será competente para la inscripción el encargado de la oficina donde se lleve la publicidad de la finca por el criterio único de su localización, de su ubicación geográfica.

- **Es una función de carácter responsable.** El Registrador se hace responsable, profesional y patrimonialmente, de las consecuencias de su actuación calificadora, sin que su responsabilidad derive, se comunique, como ocurre con carácter general con los funcionarios públicos, al Estado.

- **Es una función individual.** La calificadora se trata de una función de ejercicio unipersonal, que no se comparte. Los Registros en nuestro país no se llevan colegiadamente.

- **Es una función inexcusable.** La calificación es un acto necesario, no pudiendo alegarse por el Registrador oscuridades legislativas, existencia de lagunas, etc. A la par que ineludible, es un deber indelegable, por cuanto la calificación sólo puede realizarse por el Registrador que esté a cargo de la oficina registral de que se trate, o quien por sustitución o interinamente haga sus veces.

IV.3. PLAZO PARA CALIFICAR

El plazo para que el Registrador califique y, si procede, inscriba el título es de 15 días hábiles contados, por principio, desde la presentación del documento. Si transcurre el plazo sin que se despache, el interesado tendrá la opción de requerirle para que lo haga en el término improrrogable de tres días o de proceder a que otro Registrador, de entre el cuadro de sustituciones previsto al efecto, se encargue. Si optando por la primera alternativa, el Registrador aún no se despachara en ese término de tres días, el interesado todavía podría instar la aplicación del referido cuadro de sustituciones.

IV.4. ORDEN DE CALIFICACIÓN

El artículo 24 de la Ley Hipotecaria establece, según sabemos, que la fecha del asiento de presentación ha de ser considerada la de la inscripción para todos los efectos que ésta debiera producir. Precizando, el artículo 25 de la Ley Hipotecaria señala que entre títulos presentados en igual fecha será la hora exacta, el momento justo de presentación el que determinará el rango de cada uno, la prioridad entre ellos.

EJEMPLO 2

Si una hipoteca se presenta a las 10:00 de la mañana y una compraventa a las 12:00 de ese mismo día, la hipoteca sería prioritaria, afectando al adquirente, y ello en los términos vistos en la Unidad precedente.

Pues bien, el mínimo respeto a tales preceptos, bastión inicial y básico de la prioridad registral, exige que los asientos se vayan realizando conforme al orden de presentación de los títulos que publican. El exacto orden de su presentación será, por tanto, el orden a mantener en la calificación de los títulos, si no se quiere evitar que el título posterior acabe despachándose antes o que la lectura del folio sea poco clara, menos fiable. No obstante, se admiten lógicas excepciones.

A tal respecto, la Dirección General mantiene desde siempre que una rígida aplicación del principio de prioridad «no puede impedir la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, y han de tener por eso en cuenta los asientos registrales –entre los que se incluyen los presentados en el Diario– que contribuyan a una más acertada calificación, y así evitar la práctica de inscripciones en que por haber sido declarado judicialmente el título nulo o por cualquier otra causa resulta ineficaz, haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad». Con estas palabras, se reconocen con claridad los dos únicos presupuestos legitimadores para obviar la regla descrita, tal y como a continuación se detallan:

- En primer lugar, el Registrador deja de estar obligado en su calificación por la fecha del asiento de presentación cuando los títulos han invertido con la entrada en el Registro su orden lógico de relación. Con tal



medida se busca articular, hacer coincidir, los intereses manifestados por las partes en esos documentos concatenados.

EJEMPLO 3

El supuesto típico lo constituye la venta ingresada después de la hipoteca concedida por quien actuara como comprador en aquélla.

- En segundo lugar, se admite la inversión del orden legal de presentación cuando el segundo título haya de producir la cancelación del primero.

EJEMPLO 4

Un ejemplo sería el analizado en la Resolución de 22 de octubre de 1952. Al Registro llegaron dos adjudicaciones: una, consecuencia de un apremio en el que se trabó el correspondiente embargo; otra, derivada de la ejecución de una hipoteca anterior, ejecución a la que había sido llamado el acreedor embargante. La Dirección entendió que la segunda adjudicación, aun presentada con posterioridad, impedía la inscripción de la primera.

Ahora bien, esta segunda posibilidad ha de quedar limitada al supuesto referido, por haber participado quien accedió antes al Registro en el negocio o procedimiento judicial del que se dedujera la cancelación de su derecho. Se debe descartar respecto a cualquier otro, por la indefensión que seguramente le produciría.

EJEMPLO 5

En este sentido, la Resolución de 1 de junio de 1993 proclama que «si bien es cierto que



es doctrina de este centro que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida –el de prioridad– obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno y otro título (decisión que tanto por su alcance como por lo limitado de los medios de calificación, trasciende claramente a la función que la ley encomienda al Registrador)». En el caso, se había denegado la inscripción de una compra-venta por haberse presentado los autos judiciales de quiebra de la sociedad vendedora, que, aun posteriores, fijaban como fecha de retroacción una anterior a aquel otorgamiento.

IV.5.EFECTOS

En sus efectos, se ha de distinguir según la calificación sea conforme a la petición de inscripción o no.

IV.5.A. La calificación positiva

Si la calificación es positiva, el Registrador hará la pertinente inscripción, despachará el asiento solicitado en el folio del inmueble, expresando en la que viene a llamarse «nota de despacho», al pie del título, los datos identificadores del asiento practicado. Una nota análoga se hará al margen del asiento de presentación. Además, cuando el estado registral de titularidad o cargas

fuere discordante con el reflejado en el título, se libraré nota simple informativa para que el presentante pueda conocer cuanto antes de esa contrariedad o divergencia.

IV.5.B. La calificación negativa: denegación y suspensión de la inscripción

Si la calificación es negativa, siquiera en relación con alguna cláusula, parte o disposición del título, se emitirá por escrito firmado por el Registrador y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de Derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.

La calificación negativa supondrá la prórroga automática del asiento de presentación por 60 días contados desde la última notificación que de ella efectúe el Registrador a los interesados, con el fin de que cuenten con tiempo para preparar y presentar, en su caso, el recurso que corresponda (art. 323 de la LH). En cuanto a la notificación, deberá hacerse al presentante y al notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido. La notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, admitiéndose la practicada por vía telemática si el interesado hubiera opta-

do por esta vía al tiempo de la presentación del título (art. 322 de la LH).

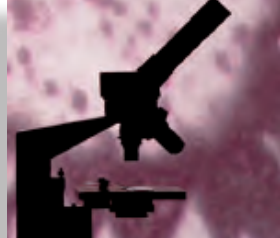
En el fondo, la calificación negativa procede, pues, cuando no se haya cumplido con los recaudos legalmente establecidos, el título sea defectuoso o haya algún otro factor que lo impida. Según la gravedad de estos defectos, faltas u obstáculos registrales, aún cabría distinguir dos situaciones: aquellas en que tales defectos sean de tal envergadura a juicio del Registrador que impliquen la necesidad de rechazar, *denegar* directamente la inscripción o motivo de inscripción pretendido y aquellas otras donde, por ser esos defectos u obstáculos salvables, se admite una suerte de *suspensión* de la inscripción a fin de conceder al peticionario un cierto margen temporal para que efectivamente los corrija o subsane.

EJEMPLO 6

Aunque no existe un elenco legal de defectos según sean subsanables o no, cabe calificar un defecto de subsanable cuando puede salvarse a través de una nueva redacción instrumental o la aportación de documentos complementarios, y es justamente al efecto que se suspende la inscripción en beneficio de los interesados. La falta de traducción o legalización de un documento extranjero, de claridad en el cuerpo expositivo del título o, incluso, de inmatriculación del inmueble son supuestos que se han declarado como tales.

En cambio, como ejemplos de defectos insubsanables pueden ponerse el de un título nulo por contrario a las leyes o al orden público (v.gr., una prohibición perpetua de enajenar), el del que no resulta inscribible por carecer de «trascendencia real» o el del afectado por razón de incompatibilidad con otro ya registrado, no sólo presentado (ex art. 17 de la LH). En estos casos, vemos que, por mucho que el interesado se esfuerce, no podrá salvar el defecto sustancial de su título mediante la aportación de otros documentos complementarios ni impedir que el obstáculo registral de turno deje de operar si no es interponiendo la pertinente acción judicial al objeto de su remoción.

En tal sentido, el artículo 19 de la Ley Hipotecaria dispone que cuando el Registrador notare algún defecto subsanable, lo manifestará, en su despacho de calificación, a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación (prorrogado, como sabemos, en 60 días a contar desde la notifi-



cación de la calificación, calificación que no deja de ser negativa por más que los defectos se hayan apreciado subsanables por el Registrador). Si en ese tiempo no subsanaran la falta a satisfacción del Registrador, la calificación devendrá en definitiva (que no firme, pues esto dependerá de que dentro de ese tiempo no haya recurrido tampoco contra la calificación negativa; ex art. 324, 2.º párrafo, del RH), sin perjuicio de que, antes de concluir ese plazo, los interesados puedan solicitar la anotación preventiva que para el supuesto se dispone.

La anotación preventiva por defectos subsanables se trata de un medio ideado para que los interesados dispongan, cuando les resulte necesario o conveniente, de más tiempo para su subsanación; exactamente, el artículo 96 de la Ley Hipotecaria cifra su duración en un plazo de 60 días, a contar desde la propia anotación, y susceptible de prorrogarse hasta 180 por justa causa y decisión judicial.

La anotación preventiva no se establece posible en la legislación, tratándose de defectos, faltas o impedimentos no subsanables.

En aras de una mayor concreción, y por la importancia que tiene la apreciación en relación con la dinámica del procedimiento, fijese en que sin ser propiamente defectos del título, afectantes a su fondo o forma, sino obstáculos registrales, también ha de suspenderse la inscripción de un título cuando presentado exista pendiente de despacho definitivo (por encontrarse su calificación en tiempo o vías de recurso) un título que se lo impida (en virtud de las reglas de los arts. 17 o 20 de la LH, por ejemplo). En estos casos, sólo el tiempo, que no una actividad de subsanación por parte del interesado en la inscripción del título presentado en segundo lugar, determinará si pueden inscribirse finalmente.

Como viene sosteniendo la Dirección General, «si se encuentran presentados títulos contradictorios relativos a una misma finca, lo procedente es calificar y despacharlos por riguroso orden cronológico de presentación, subordinando el despacho del que se presentó después hasta ver qué ocurre con el que le precedió, de modo que aquél sólo podrá acceder al Registro si caduca el asiento de presentación del precedente sin ser inscrito» (Resolución de 24 de octubre de 1998, entre otras).

V. LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Frente a una calificación negativa, disponen los interesados (que no el mero presentante), además de la oportunidad de subsanar los defectos cuando hayan sido observados como subsanables, de las siguientes posibilidades:

- Instar una nueva calificación ante otro Registrador.
- Recurrir la calificación sea ante la Dirección General o el órgano jurisdiccional competente de la comunidad autónoma que tenga atribuido el conocimiento de estos recursos en su estatuto, sea ante la jurisdicción civil por los trámites del juicio verbal.
- Impugnar directamente el motivo de fondo por el que no se haya inscrito el título ante los tribunales de justicia.

A continuación se desarrollarán el recurso gubernativo, el recurso ante la jurisdicción civil ordinaria y el impropiamente llamado «recurso judicial». Del derecho a que otro Registrador califique el título, de la calificación tildada de sustitutoria, nos ocupamos en el epígrafe 6.

V.1. EL RECURSO GUBERNATIVO

Por tradición, el trámite de revisión registral previsto contra la negativa, total o parcial, a inscribir del Registrador recibe el nombre de recurso gubernativo, que, tras las últimas reformas legislativas, se ventila hoy conforme a los siguientes criterios:

- Se encuentran legitimados para la interposición del recurso: los particulares interesados, el notario autorizante del título, la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria o mandamiento presentado en el Registro y calificado negativamente, y el Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por los jueces, tribunales o secretarios judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las leyes, y ello sin perjuicio de la legitimación de los particulares interesados al respecto.
- El recurso deberá interponerse en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación por el Registrador al recurrente, sin que quepa admitir el recurso fuera de plazo. La interposición del recurso



supondrá la prórroga automática del asiento de presentación hasta que se notifique al Registrador la resolución que recaiga.

- Se presentará el recurso ante el Registro que haya calificado, aunque puede hacerse también en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/92 o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al Registrador cuya calificación se recurre.

- Si no hubiera recurrido el notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, el Registrador, en el plazo de cinco días, deberá trasladar a éstos el recurso para que en los cinco días siguientes a contar desde su recepción realicen las alegaciones que consideren oportunas.
- El Registrador podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos, accediendo a su inscripción en todo o en parte, en los términos solicitados.
- Si mantuviera la calificación, formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario cuando no sean los recurrentes, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en Cataluña, a la Dirección General de Derecho y de



Entidades Jurídicas) en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concluido el plazo indicado en el punto anterior.

- La Dirección General deberá resolver en el plazo de tres meses, con la particularidad de que se computan desde la interposición del recurso y no desde la recepción del expediente. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.

- En cuanto a sus efectos, si se estima el recurso, el Registrador practicará la inscripción conforme a las indicaciones dadas por la Dirección General en su resolución; en caso contrario, se mantendrá la calificación.

V.2. EL RECURSO ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL

Según el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, las calificaciones negativas del Registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General con motivo del recurso gubernativo serán directamente recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

La demanda ha de interponerse ante los juzgados de la capital de la provincia donde se ubique el inmueble, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la

calificación o, en su caso, de la correspondiente resolución de la Dirección General (tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día). A la vista del expediente, el Secretario Judicial convocará a cuantos aparezcan como interesados en el mismo (con especial inclusión aquí del notario autorizante y del Registrador), emplazándolos para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días.

V.3. EL LLAMADO IMPROPIAMENTE RECURSO JUDICIAL

El artículo 66 de la Ley Hipotecaria, complementado por el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, recuerda que los interesados, además de recurrir contra la calificación por la que se suspenda o deniegue la inscripción, podrán «acudir, si quieren, a los tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos».

El ejercicio de la acción a la que se alude difícilmente puede equipararse a las otras dos alternativas hasta aquí analizadas. A su través, no se impugna la calificación, sino la causa «de fondo» por la que a la postre se haya desestimado la inscripción. El procedimiento se desarrolla al margen de las instancias registrales, por los trámites del juicio declarativo que corresponda y sin que el Registrador sea parte.

Por tanto, a través de esta tercera posibilidad que se contempla, el peticionario podrá

atacar el motivo de fondo por el que no se haya podido registrar el título directamente en sede judicial, y ello incluso sin tener que esperar a la resolución del recurso registral que hubiera interpuesto. De otro modo: el procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso.

EJEMPLO 7

Imaginemos el caso de que un título sea rechazado por incompatibilidad con otro ya inscrito (*v.gr.*, doble venta). El solicitante que se creyera con derecho por encima de quien ingresó primero estaría legitimado para demandarle a fin de que se declare su derecho cancelándose correlativamente el asiento de aquél. La estimación de su demanda conllevaría la anulación del asiento que le impedía la inscripción junto con la posibilidad de que el suyo fuera efectivamente despachado.

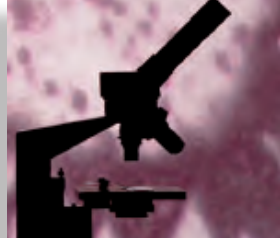
Complementariamente, al tratarse de un expediente, según decía antes, desvinculado de la operatoria del Registro, como la sentencia que recayera gozaría de prioridad a partir del momento en que se aportara y no desde la entrada inicial del título calificado, la eventualidad de un pronunciamiento favorable debería asegurarse mediante la anotación preventiva de demanda que, a solicitud del actor, llegue a cursarse. Téngase en cuenta que los recursos estrictamente registrales producen la prórroga automática del asiento de presentación que para el título cuestionado se haya expedido, hasta tanto su desestimación adquiera firmeza o se practique el pertinente asiento definitivo.

VI. LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA

Frente a la calificación negativa, al lado de los recursos, existe la posibilidad de que el interesado inste la aplicación del cuadro de sustituciones aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado a tales efectos (art. 19 bis de la LH). En ese cuadro, cada Registro cuenta asignados los titulares de seis Registros de la misma provincia o provincias limítrofes, nunca de la misma localidad o plaza, que se turnarán al objeto de calificar.

Deben distinguirse los Registradores sustitutos de los Registradores interinos, que son aquellos designados para hacerse cargo de un Registro temporal o circunstancialmente vacante.

Previsto asimismo para cuando, cumplido el plazo para inscribir e interpelado por



el interesado, el Registrador no emita su calificación, el derecho a que otro Registrador pueda calificar el documento puede ejercerse en los 15 días siguientes a la notificación de la calificación negativa, mediante la aportación al Registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria.

El Registrador sustituto lo comunicará al Registrador sustituido, pudiendo con carácter previo y en orden a esta finalidad solicitar que se le aporte información registral completa, de no existir o ser insuficiente la remitida con el testimonio íntegro del título.

El Registrador sustituido hará constar dicha comunicación, en el mismo día de su recepción o el siguiente hábil, por nota al margen del asiento de presentación, indicando que se ha ejercido el derecho a solicitar la calificación de los títulos a un Registrador de los incluidos en el cuadro de sustituciones, su identidad y el Registro del que sea titular. A partir de la fecha de recepción de la comunicación referida, el Registrador sustituido deberá suministrar al Registrador sustituto información continuada relativa a cualquier nueva circunstancia registral que pudiera afectar a la práctica del asiento.

Si el Registrador sustituto calificara positivamente el título, ordenará al Registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquél, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. Extendido el asiento, el Registrador sustituido lo comunicará al Registrador sustituto y devolverá el título al presentante con nota al pie del mismo, extendida conforme a la legislación hipotecaria.

En cambio, si lo calificara negativamente, devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador

sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, recurso que deberá ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido con los que el Registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad.

Sobre la calificación sustitutoria, la Dirección General ha tenido la oportunidad de decir «que no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar ésta no está conforme con la inicialmente efectuada. En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro Registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación. Por ello, la calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido, por cuanto no cabe la *reformatio in peius* mediante la ampliación de la calificación con la alegación de nuevos defectos por el Registrador sustituto (cfr. art. 19 bis, reglas 4.ª y 5.ª de la LH). Pero si (...) el Registrador sustituto confirma sólo uno de los defectos expresados en la calificación inicial, el posterior recurso debe ceñirse exclusivamente a ese defecto confirmado, sin que pueda decidirse sobre los defectos que hayan sido revocados por el Registrador sustituto en su nota de calificación» (Resoluciones de 5 de marzo, 24 de abril y 5 de mayo de 2008).

BIBLIOGRAFÍA

ARNAIZ EGUREN, R.: «Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles: su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva», en *Revista Crítica de*

Derecho Inmobiliario, núm. 666, 2001, págs. 1.587 y ss.

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid: Marcial Pons, 2000.

COSSÍO Y CORRAL, A. de: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid: Civitas, 1986.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2.283 y ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La calificación», ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral (Valencia, 2008), en <http://www.cinder.info/>

GORDILLO CAÑAS, A.: «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, págs. 527 y ss.

IGLESIA MONJE, I. de la: *El principio de rogación y el procedimiento registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona: Bosch, 1984.

MANZANO SOLANO, A.: *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*, Barcelona: Atelier, 1999.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.: «La función económica de los sistemas registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, págs. 875 y ss.

ROCA SASTRE, R.M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario* Barcelona: Bosch (varios tomos y ediciones).

El nuevo Reglamento Europeo de Uniones Registradas

Por Jesús Gómez Taboada
Notario de Barcelona

El 24 de junio de 2016 se aprobó el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, RUR), que fija normas conflicto sobre las parejas de hecho.

El mismo día fue aprobado el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (RREM), al que nos referiremos en el próximo número de esta revista.

I. Introducción

Una primera aproximación al RUR nos obliga a poner de relieve los siguientes puntos:

1º) Es una *norma de Derecho Internacional Privado* (en adelante, DIPr.), lo cual significa que no afecta la regulación material o de fondo de las parejas de hecho: no incluye, pues (art. 1 RUR), cuestiones como los efectos patrimoniales entre vivos (régimen económico, contribución a las cargas familiares, compensaciones exigibles en el momento de su extinción); ni los eventuales efectos personales (como facultades de custodia sobre los hijos del otro integrante); ni derechos sucesorios; ni las prestaciones públicas que puedan aplicárseles. Ni siquiera impone la obligación de regular la institución. No busquemos, por tanto, un régimen general o básico de las parejas de hecho, pues, como aclara el propio Reglamento, este “no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en

materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas” (art. 2 RUR).

Estamos, en consecuencia, ante una norma que atiende solo –y es bastante– a los tres focos tradicionales del DIPr.: competencia judicial (en sentido amplio) internacional; ley aplicable; y efectos que las resoluciones y los documentos públicos producen en otros países (firmantes). Encaja, pues, en la categoría de reglamentos de normas de conflicto, que desplazan a las internas (autónomas) y que paulatinamente van poblando el bagaje comunitario (el de sucesiones –RSE–, RREM, alimentos, obligaciones contractuales...). Al igual que los otros de su especie, es un texto largo (70 artículos), precedido por 71 considerandos, muy útiles para interpretar e integrar aquel.

Estamos, en consecuencia, ante una norma que atiende solo –y es bastante– a los tres focos tradicionales del DIPr.: competencia judicial (en sentido amplio) internacional; ley aplicable; y efectos que las resoluciones y los documentos públicos producen en otros países (firmantes).

2º) No goza, al menos por ahora, de la *extensión geográfica de otros reglamentos*, como –por ejemplo– el de sucesiones. De momento, solo vincula a diecisiete países: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Los demás de la UE, mientras no se adhieran, no estarán obligados a su apli-

cación. La especial naturaleza de la figura a que atiende (parejas de hecho) explica estas reservas.

3º) Supondrá en España un vuelco para el *régimen conflictual* (por llamarlo de alguna manera) de las parejas de hecho, pues la ausencia de normas de conflicto en el lugar adecuado (el Código civil –Cc–; u otra ley aprobada por el legislador estatal) ha provocado gran inseguridad jurídica. Agudizada desde el momento en que casi todas las Comunidades Autónomas (CCAA) han regulado las parejas no casadas: no solo las seis que cuentan con competencia en materia civil, sino también aquellas que carecen de ella –y que lo han hecho en ámbitos administrativos o tributarios–.

El artículo 149.1.8 de la Constitución (CE) establece que, “en todo caso”, serán competencia del Estado las “normas sobre conflictos de leyes”. Pero, dado que el legislador estatal nada ha aprobado al respecto sobre las parejas de hecho, la laguna se ha ido llenando, mal que bien, con soluciones dispares, imaginativas y contradictorias:

a) analogía con las normas –conflictuales– sobre el matrimonio (arts. 9.2 y 9.3 Cc).

b) aplicación de las reglas de conflicto previstas en ciertas leyes autonómicas, en fuera de juego constitucional –art. 149.1.8º CE–. En algunos casos, señalado explícitamente: la sentencia del Tribunal Constitucional, nº 93/2013, de 23/04/2013, anuló el art. 2.3 Ley Foral 6/2000, de 3 de julio (“Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”). En otros –caso del País Vasco– no. O



c) el recurso a normas (muy) generales de que se dispone (la ley personal correspondiente a las personas físicas es la de su nacionalidad o vecindad civil: arts. 9.1 y 16.1 Cc; las formas de los actos jurídicos –la institucionalización de la pareja– se rigen por la ley del lugar en que se otorgan: arts. 11.1 y 16.1 Cc).

La aprobación del RUR pone orden –no del todo, pero mucho– en este avispero; y lo hace tanto en el ámbito internacional como en el interregional, pues los arts. 33 a 35 prevén su aplicación –no obligatoria, pero en nuestro caso, me temo, ineludible– a los conflictos internos.

4º) Como disposición de *Derecho transitorio*, siguiendo la norma –algo críptica– de otros reglamentos de DIPr., aunque el RUR entró en vigor el 29 de julio de 2016, solo “será aplicable a partir del 29 de enero de 2019” (art. 70), *larga vacatio* que se justifica en la conveniencia de que los estados vinculados adopten las medidas necesarias para su ejecución.

II. Ámbito de aplicación

1. Materias a las que se aplica (art. 1 RUR)

Según el art. 1 RUR, el mismo se aplicará (solo) “a los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, entendiendo por unión registrada el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley [ojo, seguramente en sentido técnico], cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación” (art. 3.1.a).

El carácter “obligatorio” de la inscripción puede plantear dudas de cara a la aplicación del RUR. Lo es, por ejemplo, en el Derecho vasco (art. 3.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo del Parlamento vasco); pero no en el catalán (art. 234-1 CCCat), que, no obstante, prevé la inscripción potestativa (Decreto ley 3/2015, de 6 de octubre).

Los *efectos patrimoniales* se definen como “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución”.

2. Materias excluidas (arts. 1 RUR)

El RUR deja fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.



Y, asimismo, quedan excluidas: a) la capacidad jurídica (debería decir capacidad de obrar) de los miembros de la pareja; b) la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada, pues es una materia de Derecho sustantivo, no internacional; c) las obligaciones de alimentos, que –conflictualmente– se rigen por Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a las obligaciones de alimentos; d) la sucesión hereditaria de uno de los miembros de la pareja, que queda sometida, desde el punto de vista conflictual, al RSE; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre la pareja, en caso de disolución de la misma, de las pensiones de jubilación o de invalidez devengadas durante la vigencia de la unión registrada que no hayan dado lugar a ingresos mientras haya existido; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, así como sus efectos (si un inmueble radica en España, cualquiera que sea la ley aplicable y la procedencia de la resolución, el derecho inmobiliario registral pertinente serán la ley y reglamento hipotecarios).

III. Competencia judicial internacional

El RUR establece una serie de normas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en lo relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Aclara el fundamento jurídico 29 que las referencias a órganos jurisdiccionales

incluyen a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinados asuntos de las uniones registradas, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales. Pero puntualiza que el término «órgano jurisdiccional» no debe incluir a los notarios de un Estado miembro cuando ejercen facultadas para resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, pues, en la mayoría de los Estados miembros no ejercen funciones judiciales. Los notarios españoles encajamos mejor en esta última categoría.

1. Competencia en los casos de extinción de la pareja, sea *mortis causa* o *inter vivos*.

a) Si, ex RSE 650/2012, se somete a un órgano jurisdiccional la *sucesión mortis causa* de un miembro de una unión registrada, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada conectados con esa sucesión (art. 4); y

b) Si el asunto que se somete es la *disolución o anulación* de una unión registrada, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales derivados de aquella, si sus integrantes así lo acuerdan.

2. Competencia general

Con carácter general, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro siguiente (competencias en



cascada o subsidiarias, no alternativas): a) aquel en cuyo territorio tengan los miembros de la unión registrada su *residencia habitual*; b) aquel en cuyo territorio hayan tenido los miembros de la unión registrada su última *residencia habitual*, siempre que uno de ellos aún resida allí; c) aquel en cuyo territorio tenga el *demandado su residencia habitual*; d) aquel de la *nacionalidad común* de los miembros de la unión registrada; e) aquel conforme a cuya *ley se haya creado la unión registrada*.

3. Elección del órgano competente (art. 7 RUR)

No obstante lo anterior, el RUR permite vincular, de mutuo acuerdo, la competencia de los tribunales a la ley aplicable al fondo (efectos patrimoniales de las uniones registradas), ya sea esta la ley elegida (art. 22) o la que, en su defecto, resulte aplicable (art. 26.1 RUR).

Asimismo, estos órganos serán competentes, aún sin acuerdo previo, si ante ellos comparece el demandado.

4. Otros supuestos: el *forum necessitatis*

Además de competencias alternativas (art. 9) y subsidiarias (art. 10), el art. 11 RUR prevé el foro de necesidad (*forum necessitatis*): para evitar indefensión (por falta de competencia o inhibición del órgano competente), serán competentes los tribunales de un Estado miembro – con el cual el asunto tenga “conexión suficiente” – pero solo si el proceso no puede desarrollarse en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha.

5. Normas complementarias (arts 12 a 18 RUR)

El RUR incluye, asimismo, reglas de DIPr procesal relativas a las reconveniones; la limitación del procedimiento (que, en su caso, no afectará a los inmuebles de una herencia causada por un integrante de una unión de hecho que estén situados en un tercer estado); qué se entiende por “sustanciación del asunto ante un órgano jurisdiccional”; verificación de la competencia y de su admisibilidad; litispendencia; demandas conexas; y medidas provisionales y cautelares.

III. Ley aplicable

Diferente de la competencia para conocer del asunto (efectos patrimoniales de las uniones registradas), es la ley aplicable al mismo.

1. Determinación de la ley aplicable

a) Elección de la ley aplicable (arts. 22 a 25 RUR)

El primer criterio es la autonomía de la voluntad, de manera que los miembros (actuales o futuros) de la pareja podrán (de común acuerdo, como es obvio) designar o cambiar la ley aplicable siempre que:

El primer criterio es la autonomía de la voluntad, de manera que los miembros (actuales o futuros) de la pareja podrán (de común acuerdo, como es obvio) designar o cambiar la ley aplicable.

1º) esta ley atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada. Se cuela aquí una norma de DIPr. material, pues el legislador conflictual se inclina por una determinada opción de política legislativa: la atribución de efectos a las parejas de hecho. No es baladí: la norma expulsa al Cc español, que desconoce la figura, al menos como categoría autónoma; y

2º) se trate de una de las siguientes leyes: la de la *residencia habitual* de uno o de ambos en el momento de la celebración del acuerdo; la de la *nacionalidad* de cualquiera de ellos al tiempo del acuerdo; o la ley del Estado conforme a la cual *se haya creado* la unión registrada.

Se trata, pues, de una suerte de *professio iuris* aplicada a estas parejas, si bien no debemos utilizar tal expresión por estar reservada al ámbito sucesorio.

En cuanto a la *validez formal*, el pacto “se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada”, admitiéndose “toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero”. No obstante, si la ley del Estado miembro de la residencia ha-

bitual de las partes exige requisitos formales adicionales para las “capitulaciones” (así las denomina), dichos requisitos serán de aplicación. La validez formal de estos capítulos se regula de manera análoga en el art. 25 RUR. De manera que si, por ejemplo, en el caso español, resulta aplicable la ley catalana, y los integrantes formalizan un acuerdo en previsión de ruptura (asimilable, a mi juicio, a las capitulaciones) este debe constar, como requisito esencial –*ad solemnitatem*– en escritura pública (arts. 234-5 y 231-20 CCCat).

La *validez material* de la elección (capacidad, contenido) se determinará, en principio, con arreglo a la ley elegida (art. 24 RUR).

b) Ley aplicable a falta de elección (art. 26 RUR)

En defecto de elección, la ley aplicable será la del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

No obstante, excepcionalmente, el juez, a petición de una de las partes, podrá decidir que la *ley aplicable sea la de otro Estado*, siempre que: 1º) los miembros de la pareja mantuvieran su *última residencia habitual común* en dicho Estado durante un período de tiempo “significativamente largo” (no hay plazos); y 2º) ambos miembros de la unión registrada *se hubieran basado* en esa otra ley para organizar sus relaciones

2. Características de la ley aplicable: universalidad, unidad, ámbito

a) *Universalidad*. Según el art. 20 RUR, “[l]a ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”, lo cual implica que, si de acuerdo con los criterios de fijación que hemos visto (elección por las partes, soluciones subsidiarias) resulta determinada una ley de un tercer estado (China, Perú, EEUU), esta norma es la aplicable. Ahora bien, eso no implica, por supuesto, que las autoridades de ese país estén vinculadas por la determinación realizada de acuerdo con el RUR; por lo que es posible que, si el asunto se plantea en ese país –o en otro no sujeto al reglamento–, sea diferente ley la que deba regir –de acuerdo con los puntos de conexión de la ley del foro, que no tienen por qué coincidir con los del RUR–.



b) *Unidad*. Señala el art. 21 RUR que la ley aplicable afectará a todos los bienes (muebles e inmuebles, por tanto) que sean objeto de los efectos patrimoniales, con independencia del lugar en que se encuentren”.

Es una norma paralela a la del art. 20 RSE (la ley aplicable a la sucesión rige para toda la herencia), que la DGRN ha interpretado en el sentido –muy discutible– de que impide la pluralidad de testamentos (uno para los bienes radicados en España; otro, para los demás), al creer que tal pluralidad vulnera la unidad de ley aplicable; cuando, en realidad, lo esencial es que esa ley (que, ante todo, afecta a las legítimas) sea la misma para toda la sucesión, pudiendo existir varios testamentos –complementarios– que la respeten.

c) *Ámbito de la ley aplicable*. La ley aplicable (art. 27 RUR) regulará, “entre otras cosas” –enumeración, pues, abierta– la clasificación de los bienes en diferentes categorías (por ejemplo, privativos y comunes); la transferencia de bienes de una categoría a otra; la responsabilidad de uno de los miembros de la pareja por las deudas del otro; los poderes, derechos y obligaciones de ambos miembros respecto al patrimonio; la liquidación del mismo en caso de disolución; los efectos de la unión registrada sobre la relación jurídica entre uno de sus miembros y un tercero; y la validez material de las capitulaciones de la unión.

3. Normas complementarias sobre la ley aplicable

a) *Efectos frente a terceros*. El art. 28 protege al tercero, de manera que la ley aplicable no podrá invocarse frente a él en un litigio, salvo que conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley. Y establece una serie de supuestos en los que se presume el conocimiento por el tercero, por lo que este no podría alegar buena fe (en el sentido de ignorante de la pareja y su régimen).

b) *Adaptación de los derechos reales*. Recogiendo una norma ya clásica en los reglamentos europeos, cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable y el Estado miembro en el que se invoque lo desconozca, ese derecho deberá adaptarse al equivalente más cercano. Así, por ejemplo,



la atribución –en la liquidación de la pareja– de un derecho de habitación sobre un inmueble radicado en otro país miembro que no lo regule, obligará a adaptarlo a la figura más próxima (uso, usufructo, estatge –art. 54 Compilación balear–...).

Es una norma paralela a la del art. 20 RSE (la ley aplicable a la sucesión rige para toda la herencia), que la DGRN ha interpretado en el sentido –muy discutible– de que impide la pluralidad de testamentos (uno para los bienes radicados en España; otro, para los demás), al creer que tal pluralidad vulnera la unidad de ley aplicable.

c) *Leyes de policía*. Según su art. 30, el RUR no restringirá la aplicación, en el país en que se adopte la resolución (el del foro), de sus leyes de policía (disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica).

d) *Orden público*. No olvida el RUR el principio de orden público, pues la aplicación de una ley de cualquier Estado (miembro o no), solo podrá ser rehusada si “es manifiestamente incompatible con el orden público del foro” (art. 31). Esto ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en los que no se reconozca en el país del foro las

uniones entre personas del mismo sexo; o aquellas en que uno de los miembros, o ambos, son menores de edad; o las que permiten compatibilizar a una persona varias uniones registradas (poligamia de facto).

e) *Exclusión del reenvío*. El art. 32 RUR corta de raíz la tentación del reenvío, al señalar que la determinación de la ley de un Estado se entenderá referida a las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado, es decir, referida a las normas materiales, no conflictuales –pues estas abrirían la posibilidad de remitirnos a otra ley–. Se aparta así de la solución –muy discutida– del art. 34 RSE, que admite no solo el reenvío de primer grado (remisión a la ley del foro, solución antes avalada por el art. 12.2 Cc), sino también el de segundo grado (rebote a un tercer Estado). La respuesta tajante del RUR satisfará a quienes consideran el reenvío, desde siempre, una “estupidez” (Sixto Sánchez Lorenzo).

f) *Estados con diversos regímenes jurídicos*. Antes aludíamos a estas normas, pues serán de aplicación a España.

Al igual que otros reglamentos europeos de DIPr., el RUR trata de resolver el problema que se plantea cuando, habiendo sido determinada, como aplicable, la ley de un estado, en este coexisten diferentes sistemas legislativos; lo cual obliga a dar un paso más: fijar cuál de las leyes vigentes en ese país será la aplicable.

La pluralidad legislativa puede ser de base personal o territorial.



f.1) La pluralidad legislativa personal existe cuando el régimen jurídico de cada individuo viene determinado por elementos o categorías personales (raza, religión, casta). En tales casos (Marruecos, Líbano, India), el art. 35 RUR establece que la referencia a la ley de dicho Estado (por ejemplo, Líbano) se entenderá hecha al régimen jurídico de la categoría concreta (por ejemplo, judía) fijada por las normas internas de tal Estado. Si no las hay, se aplicará el régimen jurídico con el que los miembros de la pareja tengan una conexión más estrecha.

f.2) En los supuestos de pluralidad territorial (casos, por ejemplo, de España, Reino Unido, México, Estados Unidos: recordemos que el RUR tiene vigencia universal, por lo que cabe la remisión a la ley terceros estados), el art. 34 RUR señala que si la ley aplicable es la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales (estados, regiones, CCAA), con sus propias leyes, las normas internas de conflicto de dicho Estado (Derecho interregional) determinarán la región cuya ley será de aplicación. Es lo que ocurre, en España, en el ámbito sucesorio: la determinación de la ley aplicable entre las diferentes que existen (común, vasca, balear, ...) se determina, si el causante es español, en función de un concepto autóctono: la vecindad civil (art. 9.8 y 16.1 c).

Y, a falta de normas internas de conflicto –que es el caso español en materia de parejas de hecho–, el propio art. 34 RUR establece lo siguiente: 1º) que sus referencias a la ley del Estado (por ejemplo, España) de la residencia habitual de los miembros de la unión registrada, se entenderá hecha a la ley de la unidad territorial (por ejemplo, Aragón) en la que aquellos tengan su residencia habitual; 2º) que la referencia a la *nacionalidad* (vgr., española) de los miembros de la unión registrada, se entenderá

hecha a la ley de la unidad territorial con la que aquellos tengan una conexión más estrecha (navarra, gallega); vínculo que, ojo, podrá ser identificado con la vecindad civil, en función de una interpretación sistemática (art. 3.1 Cc) con nuestro Derecho autónomo conflictual (arts. 9.1 y 16.1 Cc); y 3º) que toda alusión a otros puntos de conexión (ubicación de inmuebles, por ejemplo), se sustituirá por la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

De acuerdo con el art. 36 RUR, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de seguir procedimiento alguno.

Si el conflicto es exclusivamente interregional (entre la ley aragonesa y la vasca, por ejemplo, sin elemento extranjero previo), los Estados miembros plurilegislativos no estarán obligados a aplicar el Reglamento (art. 35 RUR). Sin embargo, en el caso español, tendremos que hacerlo, pues –como exponíamos en la introducción– carecemos de normas específicas; sin que, a mi juicio, quepa mantener los parches hoy vigentes (analogía con el matrimonio; normas de conflicto de las CCAA de –poco– dudosa constitucionalidad; reglas muy generales –9.1 y 11.1 Cc–).

IV. Efectos en otros países de las resoluciones y documentos públicos (arts. 36 a 61 RUR)

1. Resoluciones

De acuerdo con el art. 36 RUR, las resoluciones dictadas en un Estado miembro

serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de seguir procedimiento alguno. A tal efecto, cualquier interesado que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal en un litigio podrá solicitar, de conformidad con los artículos 44 a 57, que se reconozca la resolución.

Asimismo, según el art. 42 RUR, las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean ejecutorias en dicho Estado, se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier interesado, se hayan declarado con fuerza ejecutiva de conformidad con el procedimiento previsto en los citados arts 44 a 57. Igual regla se aplicará a los documentos públicos (art. 59 RUR).

2. Documentos públicos

En relación a los mismos (art. 58 RUR), los expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro de que se trate.

Quienes deseen utilizar un documento público en otro Estado miembro podrán solicitar a la autoridad (por ejemplo, notario) que lo haya formalizado en el Estado de origen que cumplimente el formulario previsto en el artículo 67.2, especificando el valor probatorio que el documento surte en el Estado de origen.

Asimismo, no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en el marco del Reglamento (art. 61 RUR), por lo que no requerirán ser apostillados.

La prenda catalana en la póliza intervenida. Algunas cuestiones y advertencias prácticas

Víctor J. Asensio Borrellas
Notario de Malgrat de Mar

INTRODUCCIÓN

En este artículo veremos, desde el punto de vista práctico, algunas de las consecuencias que tiene la regulación de la prenda en el Libro Quinto del Código Civil Catalán en relación con la intervención notarial de pólizas.

Como bien sabemos, tratándose de una póliza intervenida, el Notario no participa en la redacción de su contenido y eso, en ocasiones, supone que el control de legalidad que se realiza queda a veces reducido a la decisión de no intervenir el documento, complementarlo con la documentación necesaria que permitan las partes (como certificados) o, en otros casos, a realizar a las partes las advertencias necesarias para que éstos puedan firmar el documento con pleno conocimiento de su alcance (además de salvar la responsabilidad del Notario en ocasiones). La intervención del Notario es rogada y además, en el caso de la póliza, la redacción del documento depende de una de las partes que es una entidad de crédito que goza de unos servicios jurídicos especializados, de modo que sería difícil exigir al Notario una responsabilidad por un error en la redacción. A pesar de ello, la intervención del Notario hace de la póliza intervenida un documento de gran seguridad jurídica y nuestra actuación se justifica por esa seguridad y por la mayor eficacia,

especialmente la ejecutividad, que es de vital importancia para el acreedor.

Hay problemas prácticos que no son exclusivos de la prenda catalana, como la determinación del régimen económico matrimonial del pignorante y la necesidad del consentimiento del cónyuge en caso de bienes o derechos de la comunidad conyugal, o la presentación al notario del título legitimador de la propiedad que corresponde al objeto de derecho pignorado (posesión

y exhibición del título valor, la certificación de titularidad de la anotación contable correspondiente, etc.). Pero en este artículo nos vamos a centrar en algunos problemas prácticos relacionados con la legislación civil catalana. En las pólizas que recogen una prenda sujeta a la legislación catalana podría llegarse a dar una situación de “inejecutividad” por una defectuosa redacción de la póliza, aunque, como veremos, esa falta de eficacia podría salvarse con una buena, o mejor dicho, bondadosa, labor interpreta-





tiva. El problema básico es que muchos de esos contratos parten de la aplicación del Código Civil común y hacen remisiones a ese Código, cuando la aplicación del Derecho Civil Catalán es, en ocasiones, imperativa y por tanto ineludible.

Lo primero a tener en cuenta para saber si hemos de hacer esas advertencias es la aplicabilidad del derecho catalán.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Para la aplicación del derecho catalán a la prenda hay que tener en cuenta su ámbito de aplicación temporal, espacial y objetivo.

El ámbito temporal. Conforme a la Disposición Transitoria Vigésima de la ley, las prendas constituidas a partir del día 1 de julio de 2006 se sujetan al Libro Quinto del Código Civil de Catalunya. Ya antes existía una regulación especial de la prenda catalana, pero nos centraremos en la legislación vigente.

El ámbito espacial. Primero hay que ver las normas de conflicto del Código Civil. Conforme al art. 10.1 CC se aplica la *lex rei sitae*, la ley del lugar donde se encuentren los bienes o derechos sobre los que se constituye la prenda. Sin perjuicio de las especialidades de bienes en tránsito y otras en que no entraremos.

Cuando la norma de conflicto nos lleva a la aplicabilidad del derecho catalán, el propio Código Civil de Cataluña delimita más su aplicabilidad y establece la eficacia

territorial de este derecho sin perjuicio de algunas excepciones (art. 111-3 del Código Civil).

En definitiva y aunando los criterios, los bienes pignorados deben estar en Cataluña para la aplicación del Derecho catalán. Una consecuencia curiosa es que cambiada la ubicación de la prenda puede cambiar su regulación (su retención, su ejecución, etc.). Aunque, claro, ello podría derivar en una situación de abuso de derecho si el acreedor se traslada para conseguir una legislación más favorable a sus intereses.

Ante la posibilidad de que el acreedor pueda, eventualmente, modificar la ubicación de la prenda (sin abuso de derecho), lo recomendable sería cumplir con las normas de ambos derechos civiles, común y catalán, salvando las posibles diferencias de regulación con pactos concretos, siguiendo la recomendación de CARRASCO PERERA (La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación, Ed. Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001. Coord. Carles Enric Florensa i Tomàs y Josep María Fontanellas i Morell, pág. 33).

Desde el punto de vista práctico, dada la naturaleza imperativa de estas normas, no creo que sea necesario hacer ninguna advertencia. No obstante, si el Notario aprecia que las partes no conocen adecuadamente cuál es la normativa aplicable o que por las circunstancias concretas de la operación que la normativa pueda cambiar porque existe algún elemento o circunstancia que

puede provocar el cambio de legislación, no está de más recordarlo y así en la diligencia de intervención se podría hacer constar dicha advertencia en términos como los siguientes:

ADVERTENCIA: “Yo, el Notario, he advertido a las partes sobre las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable a la prenda según su situación y conforme a la normativa civil vigente.”

Ámbito objetivo. Primero hay que tener en cuenta la doble naturaleza de la prenda: la prenda como contrato y la prenda como derecho real. La prenda es un contrato y como tal se regula en el Código Civil Común en sede de contratos, pero este Código contiene también normas que tratan los efectos y consecuencias frente a las partes y frente a terceros. Es ahí, en la regulación de la prenda como derecho real, donde la normativa del Código Civil Catalán es aplicable y no lo es el derecho del Código Civil Común. En el ámbito contractual las partes van a ser libres de pactar lo que quieran, incluso su sumisión a las leyes que quieran que rijan el contrato (art. 3 del Reglamento Europeo Roma I), pero las normas que determinan los efectos reales de prenda quedan fuera de la normativa contractual y sujetas, en su caso, al derecho catalán.

A pesar de ello es (demasiado) habitual en la práctica que las pólizas con prenda hagan remisiones a los artículos del Código Civil Común. Si la prenda se sitúa en Cataluña es técnicamente desdeñable y hasta inexplicable para las entidades de crédito que gozan de servicios jurídicos con suficiente conocimiento para saber de la existencia de la prenda catalana. En ocasiones el deseo de que el contrato de prenda sea “igual” o “uniforme” lleva a que estas entidades aprueben sus propios “modelos” o “contratos tipo” que son idénticos para todo el Estado y por ello no sólo omiten la regulación catalana sino que incluso se remiten a la del Código Civil Común.

Las partes no pueden disponer de la legislación aplicable a la prenda cuando se trata de la eficacia real de la prenda que debe afectar a terceros que no forman parte de la relación contractual del que nace la prenda. Por ello, y en relación a esos efectos reales, las referencias al Código Civil común hay que considerarlas nulas o ineficaces, pero, en base al principio de conservación de los negocios, deberemos considerar válida la prenda y reconducir las referencias al



Código Civil Común a los artículos correspondientes del Código Civil de Cataluña.

Ello debería informarse a las partes y dejar constancia de dicha advertencia en la diligencia de intervención con este texto u otro similar:

ADVERTENCIA. “A efectos de lo dispuesto en el Código Civil Catalán yo, el Notario, he advertido a las partes de que las eventuales referencias a la legislación del Código Civil Común no impedirán la aplicación de la legislación catalana correspondiente cuando las normas de conflicto aplicable así lo determinen de acuerdo con el supuesto de hecho y el objeto pignorado, y en cuanto a la prenda como derecho real. Ello sin perjuicio tanto de la validez de los pactos contenidos en cuanto sean compatibles con dicha legislación, como en cuanto a los demás pactos que tengan únicamente una eficacia personal.”

También en el ámbito objetivo, hay que delimitar la aplicabilidad del derecho catalán frente a la “batería normativa” (expresión de FUGARDO ESTIVILL) que hoy en día encontramos en muchos casos. Su delimitación con normas especiales como la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento o las Garantías Financieras regladas por el RD 5/2005 que también recoge la prenda, será idéntica a la delimitación de la prenda ordinaria del Código Civil Común con estas figuras. Tema interesantísimo pero que sobrepasa el objeto de estas notas sobre prenda catalana.

RESPONSABILIDAD MÁXIMA GARANTIZADA

El art. 469-11 dispone:

“Artículo 569-14. Obligaciones garantizadas con prenda.

1. La prenda puede garantizar cualquier obligación, presente o futura, propia o ajena, de los pignorantes.

2. La prenda puede garantizar obligaciones de las que se desconoce el importe en el momento de su constitución. En este caso, debe determinarse la cantidad máxima que garantiza.”

De su apartado 2 hay quien ha visto el otorgamiento de carta de naturaleza a una institución inexistente en el derecho común: la “prenda de máximo”, que sería

análoga a la “hipoteca de máximo”. A mi entender no es así, pero no entraremos en esa discusión ahora.

Desde el punto de vista práctico nos interesa lo siguiente: muchas de las obligaciones garantizadas con prenda tienen una cuantía indeterminada, prendas en garantía de cuentas de crédito o en préstamos con interés variable (la DGRN habla claramente de hipotecas de máximo en estos casos, por ejemplo la Resolución de 9 de octubre de 1997). De hecho, en la práctica, cualquier préstamo en que se garantizan los intereses de demora y las costas, es indeterminado en su cuantía.

Lo novedoso es el imponer que en estos casos deba determinarse la cantidad máxima que garantiza la prenda. Esta obligatoria y necesaria concreción de una “cantidad máxima garantizada” me parece un caso de excesiva influencia del derecho hipotecario o registral sobre el régimen de la prenda, aunque se haya hecho con la buena intención de adaptarla a las necesidades actuales.

En el caso de la hipoteca de los inmuebles la determinación de la cuantía máxima de responsabilidad es una necesidad que impone el art. 12 de la Ley Hipotecaria en aras a la seguridad del tráfico y para que los terceros (...) puedan saber hasta dónde responde el bien.

En el caso de la hipoteca de los inmuebles la determinación de la cuantía máxima de responsabilidad es una necesidad que impone el art. 12 de la Ley Hipotecaria en aras a la seguridad del tráfico y para que los terceros (que compran la finca, que garantizan sus créditos con segundas hipotecas, que embargan, etcétera) puedan saber hasta dónde responde el bien. En el caso de la prenda el objeto no puede volver a pignorarse, salvo por la excepción del artículo 569-15 en el que es a favor del propio acreedor y por tanto se excluyen los terceros que la determinación de la cuantía máxima quiere proteger. Ahora bien, es cierto que la interdicción de nuevas prendas no implica que el objeto pignorado esté sustraído totalmente del tráfico jurídico: puede transmitirse, podemos plantearnos que pueda

embargarse ante la falta de una expresa prohibición en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, además, sí prevé el “reembargo” de bienes y el embargo de bienes que se encuentren en poder de terceros (arts. 612 y 626.2 L.E.C). Ante este tráfico, los terceros que intervienen en el mismo estarán más seguros si conocen hasta dónde alcanza la garantía pignoratícia. El que compra, la sociedad a la que se aportan los bienes, el que embarga, etcétera, sabrán hasta donde va a responder el bien, así que ese objeto pignorado se podrá valorar de un modo más exacto, lo que añadirá seguridad y permitirá una mayor circulación de ese objeto en el tráfico. Pero, aunque desde un punto teórico parezca así, creo que la imposición de esta determinación de cuantía máxima ante cualquier obligación de cuantía indeterminada es una solución excesiva a un problema casi inexistente. Y ello por las siguientes razones:

-los supuestos de obligaciones con cuantía indeterminada son la práctica totalidad de los casos existentes hoy en día. Pocas veces (o ninguna) se establece una obligación garantizada con prenda sin que sean de cargo del deudor unos intereses de demora y las costas del procedimiento de realización en caso de incumplimiento. La norma, creo, estaba pensando en sólo ciertas prendas con gran indeterminación, pero tal y como está redactada, caen en su supuesto de hecho casi todas las existentes.

-por contra, los supuestos de tráfico de los bienes pignorados son realmente muy escasos. Casi los limitaría a la enajenación, pues la prohibición de volver a pignorar del art. 569-15 no deja lugar a los terceros y los supuestos de “reembargo” son una posibilidad teórica y discutible que desconozco si se ha dado en la práctica.

-la indivisibilidad de la prenda hace que siempre se pignore “todo” el objeto, y en la práctica, se considera que se está pignorando por todo su valor. De hecho, es más claro y sencillo entender que la cantidad máxima garantizada es el propio valor del objeto pignorado, salvo pacto en contrario. Esta consideración de “cantidad pignorada” idéntica a “valor del objeto pignorado” es lo que en la práctica se ha venido siguiendo hasta la fecha (y todavía hoy, de hecho).

- el tráfico jurídico no se paraliza si no se establece cantidad máxima garantizada. La propia naturaleza de la prenda hará que, si



existe algún sobrante, éste sí pueda ser objeto del tráfico a que ha sido expuesto.

- el valor del objeto pignorado normalmente es desconocido en el momento de la constitución de la prenda. Salvo que estemos ante una prenda de dinero, de algún depósito garantizado o similar (lo cual sí es habitual en los contratos bancarios) se podrá tasar el bien o darle un determinado valor, pero su auténtico valor será desconocido hasta la ejecución del mismo y la determinación del precio en la subasta. Por eso, establecer una cantidad máxima garantizada no asegura que vaya a existir un sobrante hábil para el tráfico que se intenta proteger. Y si es evidente que el bien es de un valor muy superior a la obligación garantizada o si ésta es tan indeterminada que no se puede saber esa relación, dejemos que sean los propios contratantes los que, si les interesa, hagan constar esa cantidad máxima garantizada.

El tráfico jurídico no se paraliza si no se establece cantidad máxima garantizada. La propia naturaleza de la prenda hará que, si existe algún sobrante, éste sí pueda ser objeto del tráfico a que ha sido expuesto.

Que no se me entienda mal, creo que la determinación de esa cantidad máxima garantizada que exige el artículo puede hacer que las cosas estén más claras en determinados supuestos, como en el ámbito de accio-

nes o valores sujetos a anotación en cuenta (con cierta relevancia registral, como sucede la hipoteca) pero, conociendo la realidad del tráfico de hoy, me parece que la solución del legislador a todos los casos de cuantía indeterminada no es la más acertada. Lo mejor hubiera sido hacer constar que la cantidad garantizada por la prenda fuera todo el valor que pueda llegar a tener el objeto pignorado o no hacer constar nada y entenderlo así (como sucede en el ámbito del derecho común), sin perjuicio de admitir que las partes puedan establecer un pacto de limitación de cantidad garantizada por la prenda si lo consideran oportuno.

Práctica. A pesar de esta norma, en la práctica lo normal es que la prenda identifique perfectamente el objeto empeñado y la obligación garantizada, pero no se recoge la "cantidad máxima garantizada".

No se recoge porque, como el bien pignorado nunca (o casi nunca) va a ser dispuesto por su titular ni va a ser objeto de un tráfico jurídico ulterior, la falta de concreción de esa cantidad máxima no va a suponer problema alguno en la práctica, pues estando la prenda en manos del acreedor y no habiendo un tercero interesado en el objeto pignorado, éste responderá con su total valor de la obligación garantizada, que de hecho, es la idea primaria de este derecho real indivisible (respondiendo de la obligación con toda prenda, que queda también, entera, en poder del acreedor).

Lo más sensato es entender que la prenda va a responder de la obligación garantizada en su totalidad y con todo su valor, aunque no

se haya hecho constar esa cantidad máxima garantizada, pero siempre y cuando no haya terceros perjudicados por ello. En todo caso, y aunque se han propuesto varias soluciones teóricas (para quien le interese, se estudian en la monografía de Derechos reales de garantía y garantías posesorias en Derecho civil catalán publicado por el CNC y Tirant lo Blanch), en la práctica creo que la cuestión se soluciona advirtiendo adecuadamente y "señalando" la vía interpretativa que salva la prenda.

Por lo expuesto, a mi parecer no está de más hacer en todas las prendas la correspondiente advertencia, cuya constancia en la diligencia podría ser del siguiente tenor:

ADVERTENCIA. "A efectos de lo dispuesto en el Código Civil Catalán yo, el Notario, advierto de que conforme al art. 569-14.2 debe establecerse una cantidad máxima de la que responderá la prenda, sin perjuicio de poder interpretar que ésta sea la totalidad del valor del objeto empeñado."

PLURALIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS POR UNA MISMA PRENDA. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Esta posibilidad está expresamente reconocida por el art. 569-15.1.

"Artículo 569-15 Pluralidad de prendas e indivisibilidad

1. Un bien empeñado no puede volverse a empeñar, salvo que sea a favor de los propios acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas.

...."

De nuevo nos encontramos, a mi juicio, con una influencia excesiva del derecho hipotecario que distorsiona el régimen de la prenda. Y además, esa influencia o experiencia del derecho hipotecario se podría haber recogido en otros términos muy positivos. Vayamos por partes según los casos.

Primero: Único acreedor. Se recoge la prohibición ya comentada de volver a pignorar un bien empeñado, salvo cuando sea a favor de los propios acreedores. Con esta prohibición se pretenden evitar los problemas que puede ocasionar la aparición de terceros, pues la venta en subasta pública de bienes muebles es muy probable que haga aparecer terceros adquirentes protegidos que hagan inútil o muy problemática la constitución de ulteriores garantías en el ámbito de la prenda, donde la publicidad

que trata de proteger el tráfico se da básicamente por la posesión y no por un registro en el que quedan patentes las cargas ulteriores que puedan existir. De hecho, hasta existiendo un Registro, leyes como la de la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento imponen esta misma obligación ante los peligros de la aparición de un tercer adquirente protegido (arts. 13 y 55).

Esta prohibición tradicional se mantiene sin más. Y es aquí donde la influencia y experiencia del derecho hipotecario podría haber aportado una gran solución a problemas existentes actualmente y que esta prohibición deja en pie. Me refiero ante todo a situaciones de crisis previas al concurso o ya concursales en las que se quiere llegar a un acuerdo entre varios acreedores y un deudor sin liquidez y en el que sería muy útil el permitir prenda sobre unos mismos activos a favor de diversos acreedores. Todos los implicados estarían de acuerdo en admitir esta situación y, estando admitida legalmente la figura del depositario de los objetos pignoralados, el problema del traslado posesorio también queda solucionado.

Bastaría con que el depositario de los bienes guardara un registro de la prelación o distribución de la responsabilidad de los créditos para que no se viera nadie perjudicado, o exigir un ejecución simultánea. Impedir la nueva pignoralación obliga, para conseguir un resultado similar, a englobar a todos los acreedores en un mismo crédito con carácter solidario o de cumplimiento conjunto frente al deudor sin perjuicio de la posible distribución interna entre ellos, pero es una mala solución porque por un lado, es muy probable que los contratos con determinados grupos de acreedores sean de naturaleza distinta y, por otro lado, las excepciones personales que podrían plantearse frente a unos y otros seguro que distorsionarían la realidad de los créditos separados.

Se echa en falta, pues, un poco de valentía para la admisión de una pluralidad de acreedores siempre y cuando se cumplieran determinados requisitos, como el consentimiento de todos los afectados, o la obligatoria existencia o llevanza de un registro por parte de un depositario (sea o no acreedor), entre otras posibilidades en cuyo estudio ahora no podemos entrar.

A pesar de todo, la norma es clara y la prenda que no sea a favor de los propios

acreedores no será válida. Aquí, pues no valen las advertencias, yo creo que ante una prenda de un objeto pignoralado a favor de un acreedor distinto al primero, no se debe intervenir la póliza.

Segundo: Distribución de la responsabilidad. La excepción que recoge la norma para la existencia de segundas prendas implica dos requisitos: que sea a favor de los propios acreedores, y que se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas.

Visto en el punto anterior la crítica al primer requisito entramos en el estudio del segundo. Es en éste donde vemos la excesiva y extraña influencia del derecho hipotecario.

Excesiva, porque en sede hipotecaria lo que se exige es una determinación de la cantidad máxima de responsabilidad para cada obligación, de modo que el tercero que compra, embarga o hace la segunda hipoteca tiene la garantía de que su crédito se cobrará si hay sobrante por encima de esa responsabilidad. Pero en el caso de la prenda no existe ese tercero. El primer requisito nos lo impide, ha de ser el mismo acreedor. Por otro lado también es extraña, porque la norma, de hecho, no habla de determinar ninguna cantidad máxima de responsabilidad sino que habla de “distribuir” la responsabilidad entre las obligaciones. Cuando la ley hipotecaria habla de “distribución” es cuando trata de hipotecarse diversas fincas o derechos en garantía de la misma obligación, pero no al revés, que es

lo que hace este artículo (hay varias obligaciones y una sola garantía).

Lo que consigue este artículo es imponer una distribución no se sabe en garantía de quién. Para los terceros, sería suficiente, a lo sumo, la cantidad máxima total (y con los reparos que vimos antes para las obligaciones de cuantía indeterminada). Para el deudor, le es indiferente si está dispuesto a pignoralar todo el bien en garantía de cualquiera de las obligaciones. Al acreedor, tampoco le beneficia, más bien al contrario. Quizá la norma tendría más sentido si hubiera más de un acreedor para que cada uno supiera hasta dónde llega la garantía respectiva, pero, si ya hemos visto que el acreedor debe ser uno, la distribución no se entiende.

En la práctica real nos encontramos con el siguiente problema que ejemplifico con cuantías: un deudor necesita financiación para dos operaciones (un préstamo y un crédito) por importe de 10.000,00 €. Este deudor puede ofrecer en garantía una imposición a plazo fijo de 10.000,00€. El acreedor le concede esa financiación pero exigiendo la garantía pignoralicia de esa imposición de 10.000,00€. La norma exige distribuir, pero entonces ¿sólo podrá el acreedor garantizar cada operación por 5.000,00€? El acreedor no sabe cuál de las dos operaciones va a incumplir el deudor y necesita garantizar ambas por la totalidad de los 10.000,00€. La distribución no tiene sentido, y lo que hace es obligar al acreedor a limitar la garantía, lo que quizá le haga replantearse el conceder la financiación que necesita el deudor.





Soluciones. La solución ideal sería modificar la norma y eliminar la exigencia de esta distribución. En este mismo sentido DEL POZO CARRASCOSA (Cuestiones actuales de las Garantías Reales Mobiliarias, varios autores, Ed. La Ley 2013, pág. 216). Pero hoy la norma existe y yo creo que no podemos obviarla sin más, aunque algunos autores así lo hagan, tildando la aplicación de la norma de imposible por considerar que el concepto de distribución de responsabilidad debe ser entre objetos pignorados y no entre obligaciones garantizadas (DECANATO AUTONÓMICO DE REGISTRADORES DE CATALUÑA. Derechos Reales. Comentarios al Libro V... Pág. 1860). Desde el punto de vista lógico sí es posible la distribución (que el mismo objeto responda en cuanto a una mitad de una obligación y en cuanto a la otra mitad de la otra obligación), pero eso conlleva el perjuicio evidente para el acreedor que hemos ejemplificado en el párrafo anterior. El problema, pues, existe y hemos de intentar dar alguna solución al mismo.

Se han estudiado varias soluciones al respecto. Así, JAVIER HERNÁNDEZ (Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm 30-2011, pág. 32) ha apuntado: enfocarlo hacia una prenda sin desplazamiento, la pignoración del sobrante, una “paquetización” del objeto pignorado, la prenda flotante, e incluso la creación de un tipo de prendas simultáneas, pero lo cierto es que ninguna solución es perfecta y ahora, además, hemos de tratar la cuestión práctica de encontrarnos una póliza en el despacho con la pignoración de una cosa (fondo, de-

pósito, etc.) en garantía de dos obligaciones sin posibilidad de “modificar” la póliza.

A mi entender, aquí sí que no podemos obviar el cumplimiento de la norma. Las advertencias serán distintas si existe o no existe esa distribución.

La falta de distribución creo que no debe impedir la existencia de la prenda y debería poder intervenir la póliza, pues si no hay terceros esa falta de distribución a nadie perjudicará, pero la advertencia sobre el cumplimiento de la norma creo que es necesaria porque puede verse disminuida la garantía pignoraticia si existen esos terceros y alegan la falta de cumplimiento de este art. 569-15.

La solución ideal sería modificar la norma y eliminar la exigencia de esta distribución.

Así, si no existe distribución, entiendo que debería advertirse y hacerlo constar así en la diligencia de intervención con un texto similar a éste:

ADVERTENCIA. “Advierto de la necesidad de realizar la distribución de la responsabilidad de las obligaciones garantizadas, conforme al art. 569-15 del Código Civil Catalán.”

Si se ha hecho la distribución o inicialmente no pero ante nuestras advertencias

logramos que se incluya en la misma la distribución de la responsabilidad, para paliar los grandes problemas que la propia distribución causa yo propongo hacer constar que esa distribución es sólo para cumplir con la normativa vigente y, en cuanto la naturaleza dispositiva de la norma lo pueda permitir (será cosa del juez), entender que la distribución no impide que la prenda se extienda a todo su valor para todas las obligaciones. Se podría hacer un texto como el siguiente o similar en caso de pluralidad de obligaciones garantizadas:

ADVERTENCIA. “Se hace constar que la distribución se realiza únicamente a los efectos de cumplir con el art. 569-15, pero ambas partes reconocen a todos los efectos legales que sean posibles que los bienes y derechos pignorados responderán por la totalidad de su valor de la totalidad de las deudas garantizadas.”

PRENDA DE CRÉDITOS

Aquí hay que plantearse, de nuevo, cuándo se aplicará la normativa catalana. La *lex rei sitae* de un crédito plantea problemas prácticos, porque respecto de la “ubicación” del crédito, no encontramos ninguna norma. Pero esta laguna la suele completar la doctrina a través del domicilio o residencia del deudor o el lugar de ejercicio del derecho. Desde el punto de vista práctico la aplicación de la normativa de un derecho real es una cuestión imperativa como ya hemos dicho y, se haga lo que se haga, se advierta lo que se advierta, se aplicará la legislación que corresponda. En principio.

Pero en el caso de prenda de créditos hay una especialidad importantísima: la posibilidad de usar la Prenda sin desplazamiento, que cuenta con una legislación especial. Como dijimos antes será una opción para las partes como puso de manifiesto la RD-GRN de 18 de marzo de 2008.

Desde el punto de vista práctico, si se pacta una prenda y no se dice nada sobre su inscripción en el Registro de Bienes Muebles habrá que entender que se está pactando una prenda catalana puesto que la prenda sin desplazamiento requiere de inscripción (que es la publicidad que “suple” la posesión).

Determinada la aplicabilidad de la legislación catalana habrá que cumplir con los requisitos de ésta y por ello es muy con-



veniente que el Notario tenga en cuenta y estudie las características del crédito pignorado para saber si éste está sujeto a la legislación catalana o puede llegar a estarlo y, entonces, hacer el resto de advertencias a que nos referimos en este artículo si se dan los otros supuestos estudiados, como una pluralidad de obligaciones garantizadas.

No es una especialidad de la prenda catalana pero, evidentemente, para poder ser objeto de prenda el crédito en cuestión deberá tener contenido patrimonial y ser susceptible de disposición.

Las cuestiones a tener en cuenta a mi parecer son 3:

a) Tradición o entrega. Será aplicable el art. 531-4.2.d que permite que la tradición se pueda realizar por simple acuerdo entre las partes porque los derechos son “incorporales” y su traslado físico es imposible. Así, habrá entrega posesoria simplemente por “el acuerdo entre los transmitentes y los adquirentes cuando el bien mueble objeto de disposición no puede trasladarse al poder y a la posesión de los adquirentes”.

b) Constitución por documento público como requisito esencial “ad solemnitatem” conforme al art. 569-13.3. No es una especialidad respecto de la prenda sin desplazamiento pero sí respecto de la forma de la prenda catalana en general frente a la de derecho común que sólo exige documento con “fecha fehaciente”, conforme a la Ley Concursal y su art. 90 que, entre otras cosas, sólo exige documento con fecha fehaciente: “Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.”

c) Notificación al deudor del crédito empeñado como requisito de efectos frente al deudor del crédito pignorado. Sigue el mismo artículo 569-13.3:

“Artículo 569-13. Requisitos de constitución.

....

3. La prenda de créditos (...) y debe notificarse al deudor o deudora de crédito empeñado.”

(Es curioso que hay un error material de redacción porque debería decir “del” crédito empeñado).



Teóricamente puede plantearse si este requisito es esencial para la propia existencia de la prenda (“ad solemnitatem”) o un mero requisito de eficacia frente al deudor en este caso. En este artículo práctico nos basta saber que es un requisito de eficacia plena frente al propio deudor del crédito pignorado y como un requisito necesario para su ejecución. A esta interpretación nos llevan también los artículos 347 CCo., 1526 y 1527 CC. Además, la notificación supone un tiempo material entre el documento público en el que se constituye la prenda y esa notificación. Creo que no es controvertido el considerar que la fecha de la prenda va a ser la del documento público (fundamental para la prelación de créditos), con independencia de cuándo se produzca la notificación, en base al art. 569-13.2, que no se deja de aplicar porque se exija la notificación en el 569-13.3.

Respecto a la forma de la propia notificación, aunque el Código no exige ninguna específica, como esta notificación es un requisito esencial para la ejecución, debe hacerse de manera que se tenga constancia de la misma y de su recepción en el domicilio del deudor pignorado. Creo que sería necesario, por ello, una notificación fehaciente. Ahora bien, aunque lo ideal sería hacerla mediante un acta notarial de notificación, entiendo que sería suficiente una remisión por correo certificado con acuse de recibo a través de notario donde quedará constancia no sólo de la remisión y recepción sino también del contenido notificado. En todo caso habrá que ver si la póliza prevé la notificación y si no es así, entiendo que habrá

que advertirlo expresamente.

ADVERTENCIA. “Yo, el Notario, advierto de que para la plena eficacia de la pignación es necesaria la notificación de la misma al deudor o deudora del crédito pignorado de conformidad con lo establecido en el artículo 569-13.3 del Código Civil de Catalunya.”

Si se prevé la “notificación notarial” entiendo que habrá que hacer un “acta de notificación” propiamente dicha y hacerla a través del notario competente correspondiente. No obstante, si se prevé la notificación “mediante envío de carta” cosa que es común en las pólizas, podremos entender que debe hacerse un acta de remisión por correo que valdría no como “acta de notificación notarial” pero sí como “notificación” que exige el 569-13.3. Entiendo que esto es discutible, pero si el Código no exige “notificación notarial” creo que debe ser más que suficiente. Otro fundamento para su admisión sería el siguiente: esta notificación no requiere de contestación por parte del notificado, sólo su conocimiento. Recordemos que las notificaciones notariales pueden hacerse por correo con acuse de recibo pero siempre por parte del notario de la plaza donde está el domicilio del notificado para facilitar y garantizar su derecho de contestación, pero si esta contestación no tiene ningún efecto jurídico, no hace falta más que su “conocimiento” para lo que nos bastaría el acta de remisión por correo. En todo caso, no está de más hacer constar en la diligencia de intervención que se ha advertido a las partes de la diferencia entre el



acta de notificación propiamente dicha y el acta de remisión por correo.

ADVERTENCIA. “Yo, el Notario, he advertido a las partes y en especial a la acreedora sobre las diferencias existentes entre un acta de notificación con derecho a contestar del notificado y que debería realizarse por el Notario competente en el lugar de la notificación y el acta solicitada en la presente operación que será de remisión de la notificación o carta por correo con acuse de recibo.”

FACULTAD DE SUSTITUCIÓN

La facultad de sustitución que permite la legislación catalana supone la posibilidad de cambiar, “sustituir”, el objeto pignorado conservando como fecha determinante de la preferencia o prelación de la prenda la de su constitución inicial.

Distinguiremos 2 casos:

1.- Supuesto general: Bienes fungibles.

Artículo 569-17: 1. El deudor o deudora o, si es otra persona, el pignorante o la pignorante, si la prenda recae sobre bienes fungibles y se ha pactado expresamente, puede sustituir la totalidad o una parte de los bienes empeñados.”

La fungibilidad debe entenderse precisamente como la cualidad de ser bienes sustituibles por otros equivalentes. Y no cabría la “fungibilidad” por pacto. Sí sería posible ese pacto en las relaciones inter partes, pero frente a terceros no creo que

sea posible pactar esa fungibilidad para aprovecharse de esta facultad de sustitución que la ley catalana reserva a los bienes sustituibles.

Y se exige pacto expreso. Por tanto, si la voluntad de las partes es que la prenda en su duración vaya “más allá” de la vida del bien fungible habrá que expresarlo así. No creo que sea necesaria hacer constar ninguna advertencia: si las partes no han expresado su voluntad de acogerse a esta facultad la consecuencia es que no existirá, pero si alguien quiere ser muy precavido y no se ha previsto expresamente esa facultad, siendo ello posible, se podría advertir la posibilidad de la facultad de sustitución.

ADVERTENCIA. “Yo, el Notario, he advertido a las partes de la posibilidad de pactar la facultad de sustitución de los bienes pignorados debido al carácter fungible de los mismos y de conformidad a lo dispuesto en el art. 569-17 del Código Civil Catalán.”

2.- Prenda de una cartera de valores.

Podemos definir una cartera de valores como un conjunto de valores negociables y tesorería (o sólo uno de tales elementos) titularidad de una persona. Puede existir o no una unidad intencional y puede referirse a todo o parte del patrimonio de una persona, la cual puede tener una o varias carteras según como desee organizarse. Sus requisitos serán :

1.- Existe una pluralidad de bienes que pueden configurarse como un conjunto,

objeto de una única prenda (artículo 569-16.3).

2.- Se considera como una unidad, siendo el elemento común a todos sus elementos su “precio” o valoración, lo que comporta la consecuencia lógica de establecer el carácter de fungible o sustituible de esos elementos por otros del mismo valor.

Ante este objeto de derecho pignorable, el acreedor puede querer una de estas dos prendas:

- **Prenda estática:** al acreedor lo que le interesa es que no se varíe su composición, que los valores que componen la cartera no se vean modificados. Será la existente si no se pacta nada en la póliza: una prenda sin la facultad de sustitución. A pesar de ello, quizá sea aconsejable hacer constar el carácter no sustituible de los bienes. Sobre todo si el objeto pignorado, por su propia naturaleza ha de ser objeto de gestión y disposición como una cartera de valores activa o dinámica.

La fungibilidad debe entenderse precisamente como la cualidad de ser bienes sustituibles por otros equivalentes. Y no cabría la “fungibilidad” por pacto.

- **Prenda dinámica:** no se elimina la posibilidad de que el gestor de la misma pueda seguir realizando disposiciones de valores concretos que la integran y adquisiciones de nuevos elementos con el dinero obtenido con la enajenación de los primeros. Se requiere el pacto expreso y se tratará de una prenda con la facultad de sustitución.

Es aconsejable pactar un valor mínimo que ha de mantener esa cartera, por aplicación del artículo 1129.3 CC: el deudor pierde el derecho al plazo y vence la obligación garantizada cuando por actos fortuitos desaparecen las garantías del acreedor. En defecto de pacto, podría hacerse la advertencia que se recoge a continuación.

ADVERTENCIA: “Yo, el Notario, he advertido a las partes del contenido del art. 1129.3 del Código Civil por el que la obligación garantizada vencerá si por actos fortuitos desaparecen las garantías del acreedor”.



En derecho común esta prenda dinámica se ha tratado de admitir como un “*tertium genus*” al no existir un reconocimiento legal. El Código Civil Catalán, además de reconocerlo, establece esta prenda “de acuerdo con la legislación aplicable en esta materia”. Deberán cumplirse los requisitos de los valores en cada caso y, si están en un registro contable, deberán realizarse las correspondientes anotaciones en cuenta para evitar su embargo o gravamen por tercero, sin perjuicio de su facultad de sustitución. La novedad o el desconocimiento de esta facultad de sustitución puede dificultar en la práctica la disposición de los activos si existen esas anotaciones, por lo que habrá que estar al caso concreto para solucionar este tema. Probablemente se exigirá el consentimiento del acreedor para la disposición de valores con anotación de prenda, aunque eso legalmente no sería necesario si se ha pactado esta facultad, y todo caso se conservará la preferencia en la fecha de constitución.

La propia naturaleza de ciertas carteras de valores cuyo objetivo básico es su gestión para su mayor rentabilidad puede plantear la existencia de un pacto tácito. Si se pignora esa cartera “dinámica” por naturaleza será precisamente para hacer una prenda dinámica. Creo que sería posible, pero como el Código exige pacto expreso si no consta ese pacto habrá que advertirlo en los mismos términos que hemos expuesto antes.

PRENDA DE DINERO Y PRENDA IRREGULAR

Existe en el Código Civil Catalán su reconocimiento expreso en el artículo 569-12. Pero realmente hay que distinguir:

- Prenda irregular: el objeto pignorado entra en el patrimonio del acreedor no es auténtica prenda, daría lugar a “compensación” de la deuda impagada y no “ejecución” en caso de deuda impagada.

- Prenda “impropia” de dinero: El dinero en realidad está en un producto financiero de ahorro: cuenta corriente, libreta, imposición a plazo, etc. Ya la STS 19/04/1997 admitió estas prendas, pero no como irregulares realmente sino como prenda del derecho de crédito frente al Banco.

El Código Civil Catalán como decíamos, admite expresamente la prenda de dinero, pero hay que entender que la admite en el sentido de la prenda de crédito que admitió el Tribunal Supremo, como se deduce del resto de la regulación.

En este tipo de prenda y debido a la fungibilidad del dinero podrá pactarse la facultad de sustitución que acabamos de ver.

Por otro lado, y aunque no afecte a la intervención notarial de la póliza, me gustaría destacar de esta prenda en Cataluña las siguientes especialidades:

El art. 569-20: En sede de ejecución permite al acreedor hacer suyo ese “dinero” pero a) sólo hasta el límite del importe del crédito garantizado y b) con el único requisito de noti-



ficarlo fehacientemente a los deudores antes de hacerlo. Aunque el Código lo ha olvidado, entiendo que deberá notificarse no “sólo” a los deudores, sino también y sobre todo, a los pignorantes, que pueden ser no deudores.

Y hasta aquí estas notas prácticas que no pretenden dar instrucciones a nadie, sino que simplemente sugieren posibles soluciones a ciertos problemas que se plantean en la práctica diaria de la profesión. Soy consciente de que han quedado fuera aspectos importantes sobre intervención de pólizas tanto de legislación civil catalana como común y especial mercantil, lo que deberá disculparse al autor, sin perjuicio de que puedan complementarse estas notas más adelante.

Cuestiones de Práctica Notarial

Javier Martínez Lehmann

Notario de Barcelona

Javier Micó Giner

Notario de Sabadell

Leopoldo García Oquendo

Notario de Olesa de Montserrat

Carlos Mateo Martínez-Bartolomé

Notario de Barcelona

Elena Romeo García

Notario de Barcelona

María Ángeles Santamaría Juan

Notario de Malgrat de Mar

Javier Santos Lloro

Notario de Les Franqueses del Vallès

Andrés Valdés Segura

Notario de l'Ametlla de Mar

Pablo Vázquez Moral

Notario de Sant Feliu de Guíxols

Este artículo recoge una selección de temas de interés diario en los despachos notariales, preparada por una Comisión de notarios, que pretende ofrecer una orientación breve acerca de diversas materias, aclaraciones o reformas legislativas, que no exime en algunos casos de la necesidad de profundizar posteriormente en ellos, pero sí resuelve dudas prácticas inmediatas.

El Colegio Notarial de Cataluña publica periódicamente los Papeles de Práctica Notarial, en los que se tratan estos y otros temas con el fin de ofrecer un apoyo más en el día a día de los despachos notariales.

¿CABE LEGITIMAR FIRMAS EN LOS AVALES O SOLO CABE SU INTERVENCIÓN?

Resumen: No cabe legitimar firmas en los avales; el aval debe ser intervenido por el notario y dejarse constancia de la intervención en la Sección B del Libro-registro de Operaciones Mercantiles.

¿Se pueden legitimar las firmas en los avales bancarios?

El art. 17 LN dice:

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de vo-



luntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

(...)

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos

de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios.

El art. 144 RN dice:

Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.

Las actas notariales ...

Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, **tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.**

El art. 258 RN concreta el ámbito del testimonio de legitimación de firmas y excluye expresamente el aval.

Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas ... **No podrán ser objeto de dichos testimonios la prestación unilateral de garantías**, ni los contratos de carácter mercantil que el artículo 144 de este Reglamento define como propios de las pólizas cuando exista pluralidad de partes con intereses contrapuestos.

Excluida la legitimación de firmas de los avales bancarios, hay que acudir al régimen general de intervención de pólizas.

El **art. 197 RN** se refiere a la intervención de las pólizas. La previsión reglamentaria es que el original de la Póliza se conserva por el notario (desde la reforma del RN en 2007), exceptuándose los supuestos legalmente previstos.

El notario sólo intervendrá el original de la póliza que conservará en el Libro Registro de Operaciones y, en su caso, en el protocolo ordinario. Se prohíbe que el notario se desprenda del original de la póliza, salvo los supuestos legalmente previstos.

Es evidente que, p.e. el **art. 197 sexiens RN** preve la intervención notarial de declaraciones cambiarias y, por su propia naturaleza, el original de la letra no



puede incorporarse el Libro Registro sino que circula original. En una letra, cabe intervenir la declaración de aval. De hecho, la inmensa mayoría de los avales, se desea que circulen originales. Un ejemplo claro es la **D.A. 1ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación** que regula hoy el aval en el aval en garantía de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas. La norma dice claramente que el aval se 'emite'. La emisión supone la existencia de un título o valor, efecto público o efecto de comercio o bancario que se pone en circulación. Así, pues la emisión de un aval supone que se pone en circulación y circula -como es lógico- el original.

Precisamente por ello, el **art. 283 RN** regula el Libro-registro de Operaciones Mercantiles.

El Libro-Registro consta de dos Secciones. En la Sección A está constituida por la colección, ordenada por fechas, de las pólizas originales de contratos mercantiles intervenidas durante un año, que habrá de encuadrarse por años en uno o más tomos. ... En la Sección B se asentarán por orden de fecha y correlativamente las intervenciones de aquellos documentos originales que por su naturaleza no pueda conservarse en poder del notario el original.

Por tanto,

1.- En general, en los avales, el beneficiario del aval reclama el **"original"** inter-

venido; tal original intervenido no puede conservarse en poder del notario, por lo que deberá proceder a asentar la intervención en la Sección B del Libro-registro. El documento justificativo del aval es el original con la diligencia de intervención.

2.- No es imposible (aunque sí infrecuente) que el beneficiario del aval se conforme con un testimonio o copia del aval, en cuyo caso podrá procederse a incorporar la póliza a la Sección A del Libro-registro o el Protocolo Ordinario. Naturalmente, en el caso de avales que constan en instrumento público protocolizado, el documento justificativo a emitir sería la copia; en el caso de que constasen en la Sección A del Libro-registro, sería el testimonio.

RECLAMACIÓN DE DEUDAS DINERARIAS NO CONTRADICHAS ¿CABE REALIZAR EL ACTA EN AGOSTO?

Resumen: No hay norma ni precepto que, a efectos de las actuaciones notariales, considere agosto como mes inhábil. No solo en los expedientes o actas del art. 70 y 71 LN se plantea el problema, sino en otras que suponen requerimientos a deudores (venta extrajudicial, etc.). Se propone que la Junta eleve la necesidad de regular los plazos y los días hábiles en la legislación notarial.

¿El mes de Agosto es hábil para realizar el procedimiento establecido en los artículos 70 y 71 de la ley notarial sobre reclamación de deudas dinerarias no contradichas?

Diversos argumentos conducen a la conclusión positiva:

1.- De la propia Exposición de Motivos de la LJV se deduce que la finalidad perseguida por los artículos 70 y 71 es la creación de **un título ejecutivo extrajudicial, regulado por la normativa notarial** en la que los plazos son civiles y no se ven afectados por la inhabilitación establecida en la LOPJ para el mes de Agosto.

*“En ocasiones, para evitar duplicidades en la regulación de determinadas materias, **la Ley se remite a la legislación civil o mercantil cuando en ella se regula un determinado expediente. Se trata de una solución plenamente respetuosa con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico...**”*

Por su lado, los **expedientes encargados a Notarios y a Registradores se regulan respectivamente en la legislación notarial e hipotecaria.**”

La **Ley del Notariado** incluye las reformas derivadas de las nuevas atribuciones otorgadas al Notario, siendo de destacar la previsión para reclamar notarialmente deudas dinerarias que resulten no contradictorias y que permiten lograr una carta de pago voluntaria o la formación mediante un expediente, de **un título ejecutivo extrajudicial** al que el deudor podrá oponer, en vía judicial, no solo el pago sino todas aquellas causas establecidas en el **artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No es un procedimiento monitorio o de pequeña cuantía** sino que se sigue la técnica del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, quedando excluidas las reclamaciones en las que intervenga un consumidor o usuario de servicios.

2.- La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 517 considera como títulos ejecutivos a las escrituras públicas y pólizas. En ambos casos la actuación notarial se rige por la normativa notarial y, por tanto, por plazos civiles.

La conclusión del Ponente de la Comisión es que el mes de agosto es hábil para la creación de dichos títulos ejecutivos.

Sentado lo anterior, debemos no obstante recordar que conforme al art. 70.3, párrafo segundo dice:

“Si el deudor no pudiese ser localizado en alguno de los domicilios posibles acreditados en el acta o no se pudiese hacer entrega del requerimiento, el Notario dará por terminada su actuación, haciendo constar tal circunstancia y quedando a salvo el ejercicio del derecho del acreedor por vía judicial”.

Por tanto, la no localización del deudor no supone perjuicio alguno al mismo (el acreedor podría haber optado directamente por la vía judicial prevista para el caso de carecer de título ejecutivo). Por ello, quizá sí sería razonable incluir en el Acta una **advertencia expresa** del notario al requirente sobre la posibilidad de que la finalidad del acta se frustrase precisamente por notificar en unas fechas donde puede ser complicado localizar al deudor.

En cualquier caso, la Comisión recuerda que la ausencia de una regulación de los plazos en los expedientes y actas notariales genera inseguridad jurídica a los notarios. Así, para la venta extrajudicial los problemas de cómputo de plazos han sido tratados en diversas obras ⁽¹⁾. En la medida en que determinadas materias dejan de ser competencia judicial, generan que el expediente notarial asuma cierto carácter de procedimiento, lo que exige reformas de la Legislación notarial o, al menos, de su Reglamento, dotando a los notarios de las mismas certezas de que disponen los Jueces y los Letrados de la Administración de Justicia con la normativa de la LEC. Las materias de los expedientes exigen una regulación o desarrollo normativo que está pendiente. Se precisa desarrollo normativo o reglamento para conocer el ‘tiempo útil’.

(1) P. ej. en “Hipotecas y venta extrajudicial”, el miembro de la Comisión Javier Micó trata el tema en el capítulo III.3. Los plazos. Desjudicialización y procesalización. Las dificultades de los plazos y su calificación pueden verse en la R. DGRN de 8 de octubre de 2015. La Resolución señala que estamos en presencia de la distinción entre el “tiempo continuo” y el “tiempo útil”. El “tiempo útil” es aquel en el que se cuentan solamente los días en que se puede hacer valer el derecho a que el plazo se refiera, por poderse solicitar la intervención de la autoridad judicial, administrativa o - como en este caso - notarial, correspondiente”.

¿CABE UN PODER DONDE SE ATRIBUYA LA FACULTAD DE REVOCACIÓN DE OTROS PODERES AL APODERADO INCLUSO EN EL CASO DE PODERES PREVENTIVOS?

RESUMEN: Dentro de la posibilidad de fijar medidas de control y causas por las que se extingue el poder preventivo (art. 222-2.2 CCC) conferido a un apoderado cabe incluir la atribución de la facultad de revocar el mismo a otro apoderado distinto; si esta facultad también se confiere con carácter de apoderamiento preventivo de la facultad de revocación queda sujeta a las mismas obligaciones de comunicación que un poder preventivo.

La figura de los poderes preventivos para el caso de incapacidad sobrevenida del mandante es introducida en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la cual modifica el artículo 1732 del citado cuerpo legal.

Señala este artículo en su último párrafo que “El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”

Por su parte, el Código Civil de Cataluña también recoge la figura de los poderes preventivos en el artículo 222-2, que establece lo siguiente:

“Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad.

1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses.

*2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. **El poderdante también***

puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.

3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.”

La cuestión que se plantea en este caso es si el mandante, con motivo del otorgamiento de un poder preventivo facultando a una o varias personas para actuar incluso en caso de incapacidad sobrevenida o, incluso, con posterioridad al otorgamiento de dicho poder, puede conferir [en el mismo poder o en otro independiente posterior] a otro apoderado único y exclusivamente la facultad de revocar el poder preventivo otorgado al primer apoderado.

Del tenor del propio artículo 1732 C.C., parece desprenderse que el legislador, en el caso de poderes preventivos, sólo ha previsto la posibilidad de extinción de dichos poderes por resolución judicial. Así lo establece también, con una redacción más clara, el artículo 222-2.3 del Libro segundo del C.C de C.

Ahora bien, esta ‘revocación’ judicial sólo será posible cuando se constituya la tutela. Pero precisamente, la finalidad del poder preventivo es la de evitar en lo posible la constitución de la misma, facilitando así a los apoderados que puedan continuar defendiendo los intereses del poderdante en caso de una incapacidad sobrevenida de éste. El propio artículo 222-2 de C.C. de C. empieza diciendo que no es preciso poner en tutela...

¿Cabe por tanto entender que en este caso el poderdante no tiene medios de asegurar que el apoderado cuidará sus intereses adecuadamente?

O dicho de otro modo, ¿Una vez otorgado el poder, queda el poderdante en manos del apoderado sin posibilidad de un control ulterior?

Una respuesta negativa podría basarse en las siguientes consideraciones:

Por una parte, en el mandato, como en cualquier otro contrato, rige el principio de la autonomía de la voluntad. Es el mandante el que, atendiendo a la confianza que tiene en el mandatario, le atribuye un encargo de especial trascendencia: el cuidar de los intereses del mandante en caso



de incapacidad sobrevenida pudiendo para ello establecer de forma más o menos detallada cómo se habrá de ejercitar dicho encargo.

Parece lógico pensar que el mandante, en ejercicio de esa autonomía, pueda establecer los mecanismos de control que estime necesarios para asegurar que el mandatario actuará según sus instrucciones. Y qué mayor control que el de atribuir a una segunda persona de confianza la facultad de revocar esos poderes si el apoderado no actúa conforme a lo previsto por el poderdante, cuando éste ya no tenga posibilidad de hacerlo debido a su incapacidad sobrevenida.

Esta posibilidad, si bien no aparece expresamente en la regulación del C.C., sí que se recoge claramente en el artículo 222-2.2 del C.C. de C. al decir que “el poderdante puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.” Y una de esas causas podría ser perfectamente la revocación prevista en escritura pública por el propio poderdante.

Por otra parte, si como se ha señalado antes, la finalidad del poder preventivo es evitar en lo posible la intervención judicial y el nombramiento de tutor, podríamos considerar a este segundo apoderado con facultades de revocación como un órgano de control y vigilancia de los intereses del poderdante. Algo equivalente a lo que en el caso de la tutela sería el consejo de tutela previsto en la regulación autonómica en el artículo 222-54 del Libro segundo.

De este modo, este segundo apoderado, como ocurre en el Consejo de Familia, velaría por el buen desarrollo de las facultades representativas otorgadas en el poder preventivo, de modo que si considerase que dichas facultades se están ejerciendo de forma lesiva para los intereses, podría revocar dicho poder e iniciar, ahora sí, el procedimiento judicial para el nombramiento de un tutor al poderdante incapacitado.

Debate.- Debatido el tema entre los miembros de la Comisión, el Coordinador apunta que es materia ya tratada y que no cabe duda que cabe otorgar un poder con la facultad de revocar otros poderes. En este sentido, si dicho poder con facultad de revocación se confiere también como poder preventivo, debe quedar sometido a los mismos requisitos de publicidad (Registro Civil y plataforma de comunicación) que cualquier poder preventivo. La posibilidad de otorgar poderes con la sola facultad de revocación se admite tradicionalmente sin conflicto alguno ⁽¹⁾.

(1) Vide Ramón Cerda, <http://elblogderamon.com/facultades-para-revocar-un-poder-%C2%BFquien-puede-hacerlo/> artículo de fecha 4 de agosto de 2011, consultado el 27 de abril de 2017.

¿TODA PAREJA ESTABLE CATALANA DA DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD?

Resumen: ¿Qué parejas de hecho dan derecho a pensión de viudedad? La cuestión es si basta o no que una unión de pare-

ja estable o pareja de hecho se haya constituido conforme al Código Civil de Catalunya para que de lugar a la pensión de viudedad.

Cabe preguntarse si en una pareja de hecho, constituida, o que cumpla los requisitos del Código Civil de Catalunya, da lugar a los derechos de viudedad (**pensión de viudedad**) que reconoce la Seguridad Social entre cónyuges.

En materia de pensiones, la normativa es de carácter estatal, y está contenida en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma deroga y sustituye al anterior texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Desde el 1 de enero de 2008, el artículo 174.3 de la LGSS tenía un párrafo “in fine” con el siguiente literal:

“En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.”

Sin embargo, este párrafo fue declarado inconstitucional y nulo por Sentencia (Sala Pleno) TC 40/2014, de 11 marzo, y su redacción ya no está incluida en el actual texto refundido que recoge la pensión a favor de los supérstites en las parejas de hecho en su artículo 221.

En esta materia, lo crucial no es la cuestión ontológica de si la pareja de hecho es o no es, si se constituye en un momento y con unos requisitos o en otro momento o con otros requisitos, sino qué requisitos tiene que cumplir para que pueda acogerse a los “derechos” sucesorios y fiscales de Catalunya y qué otros requisitos para que dé derecho a la pensión de viudedad de la Seguridad Social.

Las diferencias son notables y las podemos distinguir por las distintas clases de elementos de la relación jurídica:

- Elementos personales: En Catalunya cabe la pareja de hecho en la que uno o los dos miembros esté casado, siempre que se halle separado, siquiera sea sólo de hecho. Para la Seguridad Social, los miembros de la pareja no han de tener impedimento para contraer matrimonio (como en la antigua ley catalana), por lo que no pueden ser casados.

- Elementos temporales: Para la seguridad social hacen falta cinco años de convivencia. En Catalunya, dos años o desde el momento en que nace el hijo común o se otorga la escritura pública (entiendo que, en todo caso, es imprescindible la convivencia).

- Elementos formales: Para la pensión de viudedad hace falta el empadronamiento (de cinco años) y la inscripción en el registro administrativo o la escritura (una u otra, pero con más de dos años, a contar desde el fallecimiento hacia atrás). En Catalunya el transcurso de

los dos años se puede justificar por cualquier medio de prueba admitido en derecho, uno de los cuales puede ser el Registro de parejas estables de Catalunya creado por la Orden de Justicia 44/2017 de 28 de marzo; en cambio la escritura pública tiene efectos inmediatos.

Desde el punto de vista notarial, ¿es pues recomendable que las parejas de hecho en Catalunya otorguen la escritura pública de constitución de la pareja?

La respuesta es afirmativa, ya que produce “ipso iure” los efectos sucesorios, fiscales, personales y de otra índole que las leyes en Catalunya reconocen a las parejas estables. Además, con la escritura, ya disponen los miembros de la pareja de un documento fehaciente, cuya fecha comienza a contar para los dos años que requiere la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que el notario, a solicitud de los dos convivientes, remita copia telemática de la escritura al Colegio Notarial de Catalunya para su remisión al Registro de Parejas Estables de Catalunya, de acuerdo con su Reglamento, aprobado por la ORDRE JUS/44/2017 y que recomiende a los otorgantes que se empadronen en su lugar de residencia.

REFLEXIONES ADICIONALES DE GERARDO MÁRMOL.- Se adicionan estas reflexiones adicionales del autor.

Al regular la inscripción, el Reglamento de Parejas Estables (aprobado por la ORDRE JUS/44/2017, de 28 de març, per la qual s'aprova el Reglament del Registre de parelles estables de Catalunya), en su art. 8 exige una serie de documentos:

a) Document d'identitat.

b) Certificació literal o completa de naixement als efectes de constatar l'emancipació, el divorci o la separació legal dels convivents en parella estable.

c) En el cas que la parella s'hagi constituït perquè la convivència en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial dura més de dos anys ininterromputs, cal adjuntar el certificat o certificats d'empadronament municipal.

d) En el cas que la parella s'hagi constituït perquè durant la convivència en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial els convivents en parella estable tenen un fill en comú, cal aportar el certificat d'empadronament municipal i el llibre de família o la certificació de naixement on consti la descendència en comú.



Además, se exige una declaración responsable de cumplir los requisitos.

Estas circunstancias quizá deberían conducir a que los notarios modifiquemos los modelos que actualmente utilizamos para que el instrumento público reúna los elementos que exige el Registro de parejas estables (p.e. ahora no se está solicitando certificación de nacimiento). Convendría exigir e incorporar las certificaciones de nacimiento y el de empadronamiento de los miembros de la pareja o, alternativamente, el del hijo y libro de familia o certificado de nacimiento. En especial, cuando alguno de los miembros sea extranjero, parece razonable exigir algún documento acreditativo de que no está casado. Quizá sobre ello se podría solicitar consulta corporativa. Adicionalmente, convendría que se incluya la rogación para la remisión de copia al Registro.

ANEXO NORMATIVO CCC Libro Segundo

Artículo 234-1 Pareja estable

Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.
- b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común.
- c) Si formalizan la relación en escritura pública.

Artículo 234-2 Requisitos personales

No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.
- c) Las personas casadas y no separadas de hecho.
- d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

Artículo 221 Pensión de viudedad de parejas de hecho

1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59.

2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una

antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Reglament del Registre de parelles estables de Catalunya

Article 6

Inscripció de l'existència de la parella estable

6.1 Per inscriure una parella en el Registre de parelles estables de Catalunya, els convivents en parella estable han de presentar una sol·licitud d'inscripció i adjuntar-hi la documentació que acredita l'existència de la parella estable i també la declaració responsable prevista a l'article 8.

6.2 En el supòsit de parelles estables inscrites en registres municipals, els convivents poden aportar, a efectes de constància, la certificació d'inscripció emesa per l'ajuntament corresponent.

6.3 Quan l'existència de la parella estable consti en document notarial, el notari, a sol·licitud d'ambdós convivents en parella estable, ha de remetre mitjançant una comunicació telemàtica l'escriptura pública o l'acta de notorietat al Col·legi de Notaris de Catalunya en el termini de tres dies des que ho sol·licitin els convivents.

6.4 El Col·legi de Notaris de Catalunya ha de trametre setmanalment al Registre de parelles estables, per via telemàtica, per a la seva inscripció, la informació de totes les comunicacions rebudes. Aquestes comunicacions han de contenir el nom i els cognoms, el document d'identitat i el domicili d'ambdós convivents, el supòsit de constitució de la parella (convivència de més de dos anys ininterromputs, fill en comú durant la convivència o formalització de la relació en escriptura pública), el lloc i la data de l'autorització de l'instrument públic, el número de protocol corresponent, el nom i els cognoms del notari que l'ha autoritzat, el Col·legi de Notaris al qual pertany i la classe d'instrument públic acreditatiu de la formalització o de l'existència de la parella estable. Si així s'acorda entre l'òrgan responsable del Registre i el Col·legi de Notaris de Catalunya, les comunicacions esmentades poden ser directament trameses al Registre pel notari autoritzant.

6.5 Els notaris d'altres col·legis notariais de l'Estat i els agents diplomàtics o consulars de l'Estat a l'estranger poden trametre la comunicació que s'indica a l'apartat 3 al Col·legi de Notaris de Catalunya.

Novaciones y rango tras la RDGRN de 14 de mayo de 2015

Alfonso Carbonell Aguilar
Notario de Sant Quirze del Vallès

1. AMPLIACIÓN DE CAPITAL:

1.2. Hipotecas anteriores al 9 de diciembre de 2007 (anteriores a la entrada en vigor ley 41/2007):

Para estas hipotecas no se admite la recarga, todo aumento de capital exige un aumento de la responsabilidad hipotecaria, con las consecuencias que luego veremos en cuanto al rango.

1.2. Hipotecas posteriores al 9 de diciembre de 2007 (posteriores a la entrada en vigor de la ley 41/2007):

Debe entenderse que para ellas el art. 4 de la ley 2/1994 (en su redacción dada por esa reforma), se permite la “recarga de la hipoteca”, es decir, aumentar el capital manteniendo el mismo rango, aunque haya derechos inscritos o anotados con posterioridad, con dos salvedades:

1.2.1. Si excedemos el importe inicialmente concedido: En este caso hay que aumentar la responsabilidad en cuanto al exceso y tal exceso y sus cantidades accesorias pierde rango salvo que consientan los acreedores posteriores, en los términos que veremos después para el aumento de responsabilidad.

1.2.2. Si va acompañada, precedida o seguida de una ampliación de plazo: En este caso



no cabe la recarga de la hipoteca por ningún importe y, salvo consentimiento de los acreedores posteriores, se pierde todo el rango por todo lo aumentado con sus cantidades accesorias (no solo por la parte en que nos excedamos de la responsabilidad hipotecaria anterior).

2. AMPLIACIÓN DE PLAZO:

La ampliación de plazo no supone pérdida de rango aunque haya derechos ins-

critos o anotados con posterioridad (es decir, es inscribible manteniendo el rango sin necesidad de consentimiento de los acreedores posteriores), siempre que no vaya acompañada, precedida o seguida de un aumento de capital. Si va acompañada, precedida o seguida de un aumento de capital se pierde el rango por todo el capital ampliado junto con sus cantidades accesorias salvo consentimiento de dichos acreedores (ya hemos visto que ni siquiera se admitiría la recarga de las hipotecas

posteriores al 9 de diciembre de 2007). Si los acreedores no consienten en este caso, se pierde rango en los términos vistos pero se necesitaría para inscribir que el acreedor que nova prestara su consentimiento expreso a una inscripción en dichos términos.

3. AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA:

Supone siempre una pérdida de rango salvo consentimiento de los acreedores inscritos o anotados con posterioridad. Con tal consentimiento puede mantener rango y sin ese consentimiento se inscribe la cantidad ampliada y sus cantidades accesorias como hipoteca posterior, siempre que el acreedor que nova haya prestado su consentimiento a la inscripción en dichos términos. Ya hemos visto que se puede aumentar capital sin tocar la responsabilidad en las hipotecas recargables, pero en las que no lo son todo aumento de capital comporta necesariamente aumento de responsabilidad.

4. CRÉDITOS HIPOTECARIOS:

4.1. Si se suprime la posibilidad de hacer nuevas disposiciones:

Se equiparan en estos casos a los préstamos, aplicando las consecuencias vistas.

4.2. Si no se suprime la posibilidad de hacer nuevas disposiciones:

En este caso no se puede ampliar el plazo, sería un caso equivalente al visto



anteriormente para la recarga de la hipoteca

IDEAS FINALES:

- El art 4 de la ley 2/1994 dice que no se puede mantener el rango si consta registralmente la petición de información de cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

- En todos los casos que hemos visto en que se pierde rango, se puede mantener el rango si consienten los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad.

- En los casos en que se pierde rango y no consienten los acreedores inscritos o ano-

tados con posterioridad, para poder inscribir la novación se necesita que el acreedor que nova consienta la inscripción en las condiciones vistas, es decir, con la correspondiente pérdida de rango por todo el capital aumentado o por la cantidad que se aumente de responsabilidad hipotecaria según el caso en que nos encontremos. Se puede prescindir del consentimiento de los acreedores posteriores ya que comporta la pérdida de rango y no les afecta, pero no del consentimiento del acreedor que nova, que ha de consentir la inscripción en los términos correspondientes.

- Se ha superado la postura que mantenía la DG anteriormente en cuanto a las diferencias entre embargos e inscripciones posteriores, ahora se unifica su trato.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde enero de 2017 a febrero de 2018

Redacción Lefebvre-El Derecho

NOTARIOS

Notarios. Colegiación. Sometimiento a turno de pólizas cuando el otorgante, transmitente o adquirente de los bienes o derechos, sea una Administración Pública

Ref. EDE: 2018/5577, STS, Sala 3ª. S. 6 febrero 2018, rec. 2605/2015, Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

RESUMEN: Notarios. Turno de documentos. El TS establece que la regla del turno sentada no tiene la fuerza predicable de la que recoge el principio de libre elección de notario por parte, puesto que no opera en un ámbito en que no son solamente los intereses profesionales de los notarios los que están en juego sino también los intereses públicos que representan y defienden las Administraciones y el conjunto de los entes que integran el sector público (FJ 5). Estando en juego el uso de los recursos públicos, debe propugnarse aquél entendimiento de los preceptos aplicables de la manera más favorable a la eficiencia en su utilización lo cual guarda relación con la obtención de rebajas en los honorarios profesionales de los notarios (FJ 5).

ITER PROCESAL: El TS no da lugar al recurso de casación contra sentencia del TSJ que declaró conforme a derecho la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre criterio mantenido por la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid respecto al sometimiento a turno de pólizas cuando el otorgante, transmitente o adquirente de los bienes o derechos, sea una Administración Pública.

Notarios. Régimen disciplinario. Retraso en el envío de los índices mensuales

Ref. EDE: 2017/45389, STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª. S. 24 enero 2017, rec. 1568/2012, Ponente: D. Miguel Pedro Pardo Castillo

RESUMEN: Notarios. Régimen disciplinario. El TSJ declara que el notario deberá velar por la más estricta veracidad de los índices, así como por su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, siendo responsable de cualquier discrepancia que exista entre aquellos y estos. Igualmente, será responsable del incumplimiento de los plazos de remisión de tales índices. La diferencia entre la infracción grave o leve estriba en que el incumplimiento sea reiterado y grave (FJ 4).

ITER PROCESAL: La Sala ha decidido desestimar el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, a su vez desestimatoria del recurso presentado frente a la decisión, del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, de incoar expediente disciplinario contra el demandante por retraso en el envío de los índices mensuales. Decisión ésta que el TSJ confirma íntegramente.

Notarios. Régimen disciplinario. Intervención de una póliza fuera de su Distrito Notarial

Ref. EDE: 2017/308264, STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 7ª. S. 15 diciembre 2017, rec. 677/2016, Ponente: D. Santiago de Andrés Fuentes

RESUMEN: Notarios. Autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o reglamentos, a sus formas y



reglas esenciales. Régimen disciplinario. Suspensión de funciones. Tipicidad. Proporcionalidad. El TSJ manifiesta que si bien es cierto que se posibilita por la norma aplicable que excepcionalmente los Notarios puedan autorizar documentos públicos en Distrito Notarial distinto al suyo, ello requiere, no sólo que se trate de un supuesto de verdadera importancia legal por vencimiento del plazo legal o contractual, es decir que se trate de la intervención de documentos de plazo perentorio, sino que además, y cumulativamente, que el notario o notarios con jurisdicción en el territorio en cuestión sean todos ellos incompatibles o exista otra causa que imposibilite su intervención (FJ 2). Es desproporcionado y desmesurado acudir, como criterio de gradación de una sanción muy grave, a argumentos relacionados con la gravedad de los hechos, pues precisamente es esa gravedad la que determina que el comportamiento reprochado se considere infracción muy grave, dentro de la cual es donde se puede resolver, motivadamente, una determinada extensión de la sanción u otra (FJ 3).

ITER PROCESAL: La Sala estima parcialmente el recurso interpuesto contra las resoluciones sancionatorias impuestas por la intervención de una póliza, por parte del notario recurrente, fuera de su Distrito Notarial, en definitiva fuera del ámbito territorial al que alcanza su competencia, aparentando, además, una unidad de acto que fue realmente inexistente. Anula las mismas, exclusivamente a determinados efectos, por ser parcialmente contrarias a derecho.

PENSIÓN DE VIUEDAD

Cálculo del complemento por mínimos para la pensión de viudedad a prorrata por el tiempo de convivencia

Ref. EDE: 2017/227372, STS, Sala 4ª. S. 11 octubre 2017, rec. 3911/2015, Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: Pensión de viudedad reconocida a prorrata por el tiempo de convivencia. Cálculo del complemento por mínimos cuando hay un solo beneficiario. El Pleno del TS se pronuncia respecto a determinar el modo de calcular el importe del complemento por mínimos para pensión de viudedad reconocida a quien, por hallarse separado o divorciado del causante, se le abona en atención a la prorrata por el tiempo de convivencia con aquel. La Sala, modificando la doctrina, establece que solo en caso de concurrir varios beneficiarios, además de repartir la pensión es obligado repartir los complementos por mínimos, pero no ha de aplicarse la prorrata cuando hay un solo beneficiario (FJ 2 y 3). Se emite voto particular

ITER PROCESAL: El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina, confirmando el dictamen del TSJ y del Juzgado de lo Social, respecto al modo de calcular el importe del complemento por mínimos en el caso de la pensión de viudedad que es reconocida a quien, por hallarse separado o divorciado del causante, se le abona la pensión en atención a la prorrata por el tiempo de convivencia con aquel.

Procedente pensión de viudedad, inexistente la compensatoria, para las víctimas de violencia de género

Ref. EDE: 2017/216138, STS, Sala 4ª. S. 26 septiembre 2017, rec. 2445/2015, Ponente: D. Luis de Castro Fernández

RESUMEN: Derecho a pensión de viudedad aunque no se tenga reconocida la pensión compensatoria. El TS señala que consta

declarado probado que la recurrente ha sido víctima de violencia de género que es el presupuesto legal excluyente del requisito de pensión compensatoria para ser beneficiario de la pensión de viudedad. Es decir, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme (FJ 7).

ITER PROCESAL: Estima, el TS, el recurso para la unificación de doctrina interpuesto, revocando la sentencia del TSJ de Cataluña y confirmando la decisión adoptada por el Juzgado, por la que se acogió la solicitud de pensión de viudedad planteada por víctima de violencia de género sin pensión compensatoria.

Determinación del registro preceptivo para inscribir a una pareja de hecho a efectos de obtener pensión viudedad

Ref. EDE: 2017/84503, STS, Sala 4ª. S. 4 mayo 2017, rec. 3850/2015, Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

RESUMEN: Viudedad. Parejas de hecho: acreditación. Inscripción en registro específico. Igualdad. Declara el TS que para acreditar la existencia de una pareja de hecho, a efectos de lucrar pensión viudedad, basta con la inscripción en cualquiera de los registros específicos municipales o autonómicos. No es obligatoria la inscripción en los registros de Comunidades con derecho civil propio, pues se daría una diferencia de trato no justificada dependiendo del lugar de residencia del superviviente de la pareja en comunidad con legislación específica o no en la materia (FJ 2).

ITER PROCESAL: Reconoce el TS, como lo hiciera la instancia, el percibo de la prestación de viudedad, denegada por el Juzgado.

Requisitos para que el miembro supérstite de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad

Ref. EDE: 2017/127612, STSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social, Sec. 1ª. S. 25 mayo 2017, rec. 2134/2016, Ponente: D. Jesús Sánchez Andrada

RESUMEN: Pensión de viudedad. Pareja de hecho. Convivencia "more uxorio". Inscripción registral. El TSJ señala que la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho registradas, cuando menos dos años antes, o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales y que, asimismo, cumplan tal requisito convivencia. Ello permite afirmar que la titularidad del derecho únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho".

ITER PROCESAL: Desestima el TSJ el recurso contra la sentencia del Juzgado y deniega el reconocimiento de pensión de viudedad, con fundamento en no ser la relación de la solicitante con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a la misma.

Procedencia de la pensión de viudedad. Requisito convivencial

Ref. EDE: 2017/103055, STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Social, Sec. 1ª. S. 29 marzo 2017, rec. 2565/2016, Ponente: D. José Manuel González Viñas

RESUMEN: Pensión de viudedad. Procedencia. Declara el TSJ que la pensión de viudedad que la norma establece no es en fa-



Sentencias

vor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho "registradas" cuando menos dos años antes -o que han formalizado su relación ante notario en iguales términos temporales- y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho" (FJ 2).

ITER PROCESAL: Estima, el TSJ, el recurso interpuesto contra sentencia del Juzgado y declara el derecho a la pensión de viudedad.

TRIBUTOS

Responsabilidad patrimonial. Diferencias de trato fiscal en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Trasposición del Derecho Europeo

Ref. EDE: 2017/215472, STS, Sala 3ª. S. 17 octubre 2017, rec. 2/2016, Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

RESUMEN: Impuesto de sucesiones. Responsabilidad patrimonial del Estado por normativa estatal contraria al derecho europeo. El TS declara la responsabilidad patrimonial del Estado al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste (FJ 5).

ITER PROCESAL: Estima el TS el recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministro y acoge la solicitud indemnizatoria, formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, derivada del abono del impuesto de sucesiones en aplicación de una normativa declarada contraria al derecho de la Unión Europea por sentencia del TJUE.

Reducciones en el impuesto sobre sucesiones, por parentesco. Se mantiene la afinidad aun fallecida la persona que servía de vínculo.

Ref. EDE: 2017/196522, STS, Sala 3ª. S. 25 septiembre 2017, rec. 3018/2016, Ponente: D. Jesús Cudero Blas

RESUMEN: Impuesto sobre sucesiones. Reducciones por razón del parentesco. El TS declara, apreciando la debida contradicción, que para la determinación de las reducciones en el impuesto sobre sucesiones, procedentes por razón de parentesco, se mantiene la afinidad aun cuando hubiera fallecido la persona que servía de vínculo entre el causante y el sobrino por afinidad (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: Ha lugar, el Alto Tribunal, al recurso de casación para la unificación de interpuesto, anula la sentencia del TSJ, y declara ajustada a derecho la resolución del TEAR en lo que decidió respecto a las reducciones en el impuesto sobre sucesiones, procedentes por razón de parentesco, manteniendo la afinidad aun cuando hubiera fallecido la persona que servía de vínculo entre el causante y el sobrino por afinidad.

IAJD. Devolución de ingresos indebidos. Prescripción, posible interrupción por actuación registral de calificación

Ref. EDE: 2017/229648, STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª. S. 20 septiembre 2017, rec. 12/2017, Ponente: D. Fernando García Mata

RESUMEN: IAJD. Ingresos indebidos. Prescripción. El TSJ declara que la actuación registral de calificación tiene la naturaleza de actuación administrativa, a efectos de la prescripción del derecho a solicitar la devolución del ingreso indebido y, por ende, deberá computarse como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción el de la firmeza de dicha resolución (FJ 6). Una escritura pública de subsanación de crédito hipotecario, con independencia de su eficacia en otros ámbitos, ni reabre el plazo que se establece, por razones de seguridad jurídica, para poder instar la devolución de ingresos indebidos, ni puede reputarse de "resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado", supuesto previsto para el caso de impugnación de la liquidación (FJ 7).

ITER PROCESAL: Estima, el TSJ, recurso interpuesto contra la resolución del TEAR desestimatoria de la solicitud de devolución de ingresos indebidos.

Hecho imponible del IIVTNU. Lo constituye el incremento de valor del terreno en el momento de la transmisión de la propiedad, no el precio fijado por las partes en la compraventa

Ref. EDE: 2017/61929, STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª. S. 10 febrero 2017, rec. 109/2015, Ponente: D. Nuria Cleries Nerín

RESUMEN: IIVTNU. Hecho imponible. El TSJ declara que el impuesto grava el incremento de valor que experimenten los terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o por la constitución o transmisión de cualquiera de los derechos reales que cita la norma. Por tanto, el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana constituye el primer elemento del hecho imponible, de manera que en la hipótesis de que no existiera tal incremento, no se generará el tributo, pues al faltar un elemento esencial del hecho imponible, no puede surgir la obligación tributaria (FJ 2).

ITER PROCESAL: Considera, el TSJ, que la sentencia de instancia yerra cuando estima improcedente el devengo del IIVTNU por falta de hecho imponible del mismo, al tratarse de una transmisión en la que el importe de la venta resultó inferior al importe por el que ésta fue adquirida, y por tanto, no se produjo un incremento de valor o plusvalía grabada por el tributo. Y ello, por cuanto se refiere en todo momento a una pérdida patrimonial, es decir, una pérdida en el patrimonio del obligado tributario, sin referirse en ningún caso, al incremento o pérdida del valor del terreno.

IRPF. Exención por venta de inmueble. Determinación del valor de adquisición para el cálculo de la ganancia patrimonial

Ref. EDE: 2017/135630, STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4ª. S. 13 junio 2017, rec. 15473/2016, Ponente: D. María del Carmen Núñez Fiaño

RESUMEN: Nulidad acuerdo TEAR. IRPF. Exención. El TSJ anula un acuerdo del TEAR de Galicia sobre liquidación provisional por el con-



cepto de IRPF y la sanción dimanante de ésta al rechazar la exención patrimonial por venta de inmueble. Procede a determinar el valor de adquisición para el cálculo de la ganancia patrimonial, debiendo admitir el declarado en la escritura de obra nueva y han de añadirse los costes acreditados de notario, registro e impuestos (FJ 1).

ITER PROCESAL: La Sala ha decidido estimar parcialmente el recurso interpuesto, contra el acuerdo del TEAR, sobre liquidación provisional por IRPF y sanción dimanante de ésta. Declara parcialmente contrarios a derecho el acuerdo impugnado así como la liquidación de que trae causa y, por ende, anularlos a los solos efectos proceder a la determinación del valor de adquisición para el cálculo de la ganancia patrimonial, debiendo admitir el declarado en la escritura de obra nueva y añadiendo los costes acreditados de notario, registro e impuestos.

ITP. Procedimiento de comprobación de valores en compra-venta de inmueble urbano

Ref. EDE: 2017/59591, STSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª. S. 6 marzo 2017, rec. 251/2015, Ponente: D. Manuel Domingo Zaballos

RESUMEN: Tributos. ITP. El TSJ establece que la estimación del valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana por los valores catastrales se realizará ajustando el valor catastral del bien, vigente a la fecha de devengo del impuesto, con el coeficiente de relación al mercado publicado por el Ministerio de Hacienda para la coordinación de los valores catastrales (FJ 3). No queda probado qué características sobre el estado de conservación del inmueble desvelan error en el valor real obtenido y fotografías levantada por notario a requerimiento del contribuyente, siendo el método valorativo un valor real del bien transmitido susceptible de ser corregido mediante el adecuado medio de prueba en sede jurisdiccional, cuestión que no se ha acreditado (FJ 4).

ITER PROCESAL: Desestima, la Sala, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución, desestimatoria de la reclamación entablada contra el procedimiento de comprobación de valores y subsiguiente liquidación provisional, por el ITP, con causa en compra-venta de inmueble urbano.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Aplicación de la legislación vigente en el momento de la extinción de la relación laboral para fijar la indemnización por despido en empresa concursada

Ref. EDE: 2017/116006, STS, Sala 4ª. S. 6 junio 2017, rec. 1849/2016, Ponente: D. Antonio Vicente Sempere Navarro

RESUMEN: Fogasa. Indemnización por despido en empresa concursada. Legislación aplicable. Declara el TS que en caso de concurso la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, en el abono de indemnización por despido, no nace con la declaración concursal, sino cuando posteriormente se extingue la relación laboral. Nada impide que los contratos de la empresa concursada prosigan su desarrollo, por lo que si no se extinguen no nace ningún derecho indemnizatorio a favor de los trabajadores. Para fijar la indemnización debe aplicarse la legislación vigente en el momento de la extinción (FJ 3).

ITER PROCESAL: Estima, la Sala, el recurso para la unificación de doctrina, anulando la sentencia del TSJ y declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado sobre la aplicación de la legislación vigente en el momento de la extinción de la relación laboral para fijar la indemnización por despido en empresa concursada.

PRESTACIÓN A FAVOR DE FAMILIARES

Pensión en favor de familiares existente hermano conviviente con deber de alimentos

Ref. EDE: 2017/131533, STS, Sala 4ª. S. 1 junio 2017, rec. 2751/2015, Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

RESUMEN: Prestación a favor de familiares. Convivencia con hermano. Concede el TS prestación a favor de familiares aun conviviendo con un hermano, pues los hermanos no tienen obligación de prestarse alimentos entre ellos, solo los auxilios necesarios para la vida. Los ingresos del hermano no pueden ni deben computarse a efectos de determinar el derecho a la prestación ya que no es deudor de la obligación de alimentos. De lo contrario no se protegerían las situaciones de necesidad (FJ 3).

ITER PROCESAL: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, casa y anula la sentencia del TSJ, y confirma la decisión del Juzgado sobre pensión en favor de familiares existente hermano conviviente con deber de alimentos.

CONCIERTOS EDUCATIVOS

Concierto educativo para un colegio con enseñanza diferenciada por sexo

Ref. EDE: 2017/72729, STS, Sala 4ª. S. 4 mayo 2017, rec. 3337/2015, Ponente: D. José Luis Requero Ibáñez

RESUMEN: Colegio con educación diferenciada por sexos. No puede ser excluido del régimen de conciertos educativos. El TS confirma la anulación de una orden de la Junta de Andalucía que denegó el concierto a un colegio con enseñanza diferenciada por sexo. Señala que el art. 84.3 de la LOE, que introdujo la prohibición de la discriminación por razón de sexo, ha quedado superada tras la reforma de ese precepto por la LOMCE que establece que la educación diferenciada por sexos no es un supuesto de exclusión del régimen de conciertos educativos, ni implica una discriminación por razón del sexo (FJ 9). Se emiten votos particulares.

ITER PROCESAL: Confirma, la Sala, la decisión del TSJ declaratoria del derecho de un colegio con enseñanza diferenciada por sexo a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas.

CONDICIONES DE TRABAJO

Nulidad de modificación sustancial de condiciones de trabajo, tras subrogación empresarial, por infracción de los trámites legales pertinentes

Ref. EDE: 2017/65197, STS, Sala 4ª. S. 5 abril 2017, rec. 376/2016, Ponente: D. Mª Milagros Calvo Ibarlucea

RESUMEN: Empresa de seguridad. Subrogación. Modificación sustancial de condiciones. Nulidad. El TS considera nula la modifi-



Sentencias

cación esencial de condiciones producida tras subrogación empresarial cuando el proceso negociador se ha iniciado antes de la sucesión, no consta que en la negociación del acuerdo se haya incluido a la representación de la plantilla subrogada y no se han seguido los trámites previstos en el ET para la modificación sustancial. Se produce un efecto retroactivo de las nuevas condiciones por lo que no se respetan las garantías propias de la subrogación al no respetar el mantenimiento de las condiciones contractuales de los trabajadores subrogados (FJ 2).

ITER PROCESAL: Con desestimación del recurso para la unificación de doctrina, confirma, el Alto Tribunal, la sentencia del TSJ que revocó la del Juzgado al declarar nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo y condenó a restituir al trabajador en iguales circunstancias a las que existían con anterioridad a la modificación.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Protección de Datos. Vulneración del principio de calidad de datos, al informar datos al fichero CIRBE

Ref. EDE: 2017/210063, SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª. S. 2 octubre 2017, rec. 27/2016, Ponente: D. Lourdes Sanz Calvo

RESUMEN: Protección de datos de carácter personal. Calidad del dato. Comunicación de datos a la CIRBE. La AN declara que si bien las sociedades de garantía recíproca están obligadas a informar a la CIRBE de los riesgos de sus operaciones y ante el incumplimiento de obligaciones asumidas por sus clientes pueden llevar a cabo dicha comunicación, deben modificar la información suministrada a la CIRBE cuando existe una escritura de carta de pago otorgada unilateralmente ante notario por el cliente conforme a la cual da carta de pago y cancela expresamente las hipotecas constituidas. En caso contrario, se infringe su obligación de exactitud de los datos comunicados (FJ 4).

ITER PROCESAL: Desestima, la AN, el recurso interpuesto contra la resolución, de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, desestimatoria del de reposición formulado contra la resolución sancionatoria, por vulneración del principio de calidad de datos, al informar los datos al fichero CIRBE.

BLANQUEO DE CAPITAL

Blanqueo de capitales. Precisa el encubrimiento del origen ilícito o el auxilio a los autores

Ref. EDE: 2017/175657, STS, Sala 2ª. S. 19 julio 2017, rec. 1813/2016, Ponente: D. Mª Antonio del Moral García

RESUMEN: Blanqueo de capitales. Absolución. Se exige el encubrimiento del origen ilícito o el auxilio a los autores. El TS absuelve por delito de blanqueo de capitales. La acción sancionada como blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir su origen ilícito (FJ 34).

ITER PROCESAL: El TS anula parcialmente la sentencia de la AN sobre delito de blanqueo de capitales.

CONTRATO DE MULTIDIVISA

Nulidad parcial de préstamo hipotecario multidivisa ante la falta de transparencia

Ref. EDE 2017/231487, STS Sala 1ª Pleno de 15 noviembre 2017, rec. 2678/2015, Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Nulidad parcial de préstamo hipotecario multidivisa. Falta de transparencia. El Pleno del TS declara la nulidad parcial de préstamo hipotecario multidivisa porque las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia y elimina las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. Señala que la nulidad total supondría un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, y que la nulidad parcial es posible por el régimen contractual previsto en el préstamo hipotecario (FJ 8).

ITER PROCESAL: el Juzgado estimó la demanda y acordó la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa. En segunda instancia se estimó el recurso revocando la decisión de instancia. El Pleno del TS casa la sentencia de segunda instancia y confirma la decisión de primera instancia.

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

Cláusula limitativa de derechos del asegurado cuando exonera a la aseguradora en caso de robo

Ref. EDE: 2017/227195, STS Sala 1ª de 7 noviembre 2017, rec. 1116/2015, Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Seguro de transporte terrestre de mercancías. Cláusula limitativa de derechos del asegurado. El TS, en un contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera, califica como limitativa de derechos del asegurado a la cláusula que exonera a la aseguradora en caso de robo. Está limitando la cobertura inicialmente pactada y establece una reglamentación que se aparta del contenido natural del contrato celebrado, y de lo que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares (FJ 2).

ITER PROCESAL: el Juzgado estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad aseguradora al pago de la mercancía robada. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora. El TS desestima el recurso de casación.

CONTRATO DE ALIMENTOS

Imposibilidad del alimentante de extinguir unilateralmente la obligación de prestar alimentos al cónyuge

Ref. EDE: 2017/243404, STS Sala 1ª de 20 noviembre 2017, rec. 587/2017, Ponente: Dª Mª de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Contrato de alimentos entre cónyuges. Facultad unilateral de extinguir la obligación. El TS niega al alimentante la facultad unilateral de extinguir la obligación de prestar alimentos. En ausencia de previsión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación de pago de una renta



pactada voluntariamente, porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento. La obligación sí podría modificarse o incluso quedar extinguida si su cumplimiento resultara imposible o extraordinariamente oneroso como consecuencia de un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación (FJ 6).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instó la resolución del contrato de alimentos gratuito e indefinido del convenio regulador. La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó el anterior pronunciamiento. El TS desestima el recurso de casación confirmando el pronunciamiento de instancia.

ACCIÓN DE REPETICIÓN DE ASEGURADORA

Condicionamiento legal de la cuantía indemnizatoria en el ejercicio de la acción de repetición

Ref. EDE: 2017/259376, STS Sala 1ª Pleno de 12 diciembre 2017, rec. 1221/2015, Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Acción de repetición de gastos producidos a una mutua laboral. Por cobertura sanitaria a trabajador lesionado en accidente de tráfico. El TS establece que al igual que el ejercicio de la acción de repetición queda condicionado al presupuesto de causalidad e imputación del daño ocasionado -a que la cobertura sanitaria sea debida a la culpa del tercero causante del accidente de tráfico y del daño producido-, también la cuantía de la reclamación objeto de la acción de repetición puede venir condicionada por los límites que el legislador establezca para las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda y absolvió a los codemandados del abono de los gastos y servicios médicos prestados. La Audiencia desestimó el recurso de apelación. El TS desestima el recurso de casación de la Mutua y confirma la absolución del abono de los gastos y servicios médicos prestados.

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS

Negativa a la inscripción de marca por quebrantar acuerdos contractuales

Ref. EDE: 2017/271282, STS Sala 1ª de 15 diciembre 2017, rec. 1104/2015, Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Nulidad por registro de mala fe de una marca solicitada. Incumplimiento doloso de contrato. El TS señala que se quebrantaron de forma dolosa los acuerdos contractuales entre autor y productora al inscribir esta última a su nombre marcas que reproducían derechos de propiedad intelectual de la autora, cuando en los contratos de explotación de sus obras y en el contrato de agencia la autora expresamente se había reservado el derecho a tales registros. Existe mala fe, a los efectos de entender imprescriptible la acción de nulidad, cuando la inscripción constituya un incumplimiento doloso del contrato que mediaba entre las partes (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y señala que ninguno de los contratos autoriza a la inscripción de la marca. La Au-

diencia estimó el recurso de apelación y deja sin efecto en parte la de instancia. El TS estima el recurso de casación y rechaza la inscripción de las marcas al quebrantar dolosamente los acuerdos contractuales.

CUSTODIA COMPARTIDA

Imposibilidad de custodia compartida debido a la distancia de residencia de los progenitores

Ref. EDE: 2018/734, STS Sala 1ª de 10 enero 2018, rec. 942/2017, Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Denegación de custodia compartida por la distancia a la que residen sus progenitores. Interés del menor. El TS deniega la custodia compartida de un menor dado la gran distancia geográfica entre las viviendas de sus progenitores. La distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, debido a la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria. Opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado en el procedimiento de divorcio acordó, entre otras, la guarda compartida del menor. El recurso de apelación de la progenitora, contraria a esta medida, es desestimado. El TS estima el recurso de casación rechazando la custodia compartida del menor debido a la gran distancia de residencia de los progenitores.

Limitación temporal en el uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida

Ref. EDE: 2018/1009, STS Sala 1ª de 10 enero 2018, rec. 1712/2017, Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Custodia compartida. Límites temporales al uso de la vivienda familiar. El TS establece la posibilidad de fijar límites temporales al uso de la vivienda familiar en aquellas custodias compartidas en las que el menor convive con ambos progenitores. Si bien el Tribunal en una custodia compartida podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por ser el interés familiar más necesitado de protección, dicho uso ya no será con carácter indefinido, sino que será temporal con arreglo a los criterios que el juez tenga en consideración en cada caso concreto (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda de divorcio y acordó la atribución de la vivienda familiar a la madre. La Audiencia confirma la decisión de instancia. El TS estima el recurso de casación, accediendo al uso temporal por los progenitores de la vivienda familiar.

PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR

Aportación de originalidad por el auxiliar para ser considerado coautor

Ref. EDE: 2017/52019, STS Sala 1ª de 26 abril 2017, rec. 2012/2014, Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Proyecto arquitectónico. Derechos de propiedad intelectual. Coautoría en obra de colaboración. Exigencia de origina-



Sentencias

lidad. El TS considera que para ser autor de una obra arquitectónica en colaboración, protegida por la normativa intelectual, es necesario que se aporte originalidad al conjunto, dotando a la obra de un carácter novedoso que permita diferenciarla de otras preexistentes. La simple ayuda material da derecho a los honorarios que resulten del encargo recibido y del trabajo realizado para cumplirlo, pero no supone sin más que se considere al auxiliar como coautor (FJ 8 y 9).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba el reconocimiento de la coautoría en la obra arquitectónica por quien colaboró en la misma. La Audiencia reconoce en segunda instancia la coautoría del actor. El TS estima el recurso de casación y rechaza la coautoría reclamada debido a la falta de un aporte de originalidad a la misma.

SEGURO DE VIDA E INCAPACIDAD

Obligación de la aseguradora de devolver el préstamo hipotecario en el seguro de vida e incapacidad

Ref. EDE: 2017/36401, STS Sala 1ª de 5 abril 2017, rec. 542/2015, Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Seguro de vida e incapacidad vinculado a préstamo hipotecario. Legitimación activa del tomador. Cuestionario de salud. El TS legitima activamente al tomador de un seguro de vida con cobertura de invalidez, vinculado a un préstamo hipotecario, para reclamar el cumplimiento del contrato a su aseguradora ante la inactividad de la entidad prestamista beneficiaria y sin perjuicio de sus obligaciones para con esta. El seguro debe responder a la causa por la que se contrató que es liberar de la obligación de devolver el préstamo para quedar a cargo de la aseguradora el capital pendiente de pago (FJ 5 y 6). Además, hace responsable a la aseguradora de las deficiencias en la presentación del cuestionario de salud si es excesivamente ambiguo o genérico, no pudiendo apreciar dolo o mala fe del asegurado en la declaración del riesgo (FJ 7).

ITER PROCESAL: El Juzgado y la Audiencia en segunda instancia desestimaron la demanda interpuesta al apreciar la falta de legitimación activa del tomador de seguro de vida e incapacidad. El TS estima el recurso de infracción procesal apreciando la legitimación activa del tomador del seguro, ante la inactividad de la entidad beneficiaria, y estima el recurso casación, condenando a la compañía aseguradora a la devolución del préstamo hipotecario.

COMPETENCIA DESLEAL

Comercialización “on line” de juegos de azar prohibidos constitutiva de competencia desleal

Ref. EDE: 2017/72596, STS Sala 1ª de 17 mayo 2017, rec. 2225/2014, Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Juegos de azar a través de Internet. Falta de autorización. Competencia desleal. El TS aprecia competencia desleal en la comercialización “on line” de juegos de azar prohibidos en nuestro país por no gozar de la correspondiente autorización administrativa. La no existencia de Internet, no debe significar que la actividad fuera legal antes de la Ley del juego, aun sin contar con autorización. Para que la conducta sea desleal, no es necesario que se obtenga ventaja

competitiva respecto de los demás concurrentes en el mercado. Se protege el interés de los consumidores a recibir una información no engañosa y a que la publicidad de los productos y servicios respete las exigencias legales (FJ 8 y 9).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba la declaración de competencia desleal por la comercialización “on line” de los juegos de azar prohibidos. La Audiencia confirmó la desestimación de la demanda en segunda instancia. El TS estima el recurso de casación apreciando los hechos constitutivos de una actuación de competencia desleal al faltar la necesaria autorización administrativa.

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Alcance de los efectos retroactivos en la devolución de los intereses del capital invertido

Ref. EDE: 2017/57001, STS Sala 1ª de 4 mayo 2017, rec. 267/2015, Ponente: D. María de los Angeles Parra Lucán

RESUMEN: Nulidad de suscripción de preferentes. Efectos: restitución de prestaciones. Fecha de devengo de intereses. Declara el TS que los intereses del capital que debe restituirse tras nulidad de la suscripción de preferentes por vicio del ordenante, se devengan desde que se realizó la inversión, no desde la reclamación extrajudicial al banco. El paso del tiempo desde que se entregó el dinero supone una pérdida de valor para quien paga por lo que deben restituirse desde ese momento, que puede o no coincidir con el de celebración del contrato (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en el extremo relativo a la fecha de restitución de los intereses del capital invertido. La Audiencia confirmó el pronunciamiento de primera instancia. El TS estima el recurso de casación y condena a la restitución de los intereses desde que se materializó la inversión en los productos.

ARBITRAJE

Renuncia explícita al ejercicio de acciones ante los Tribunales en relación a contrato de adhesión que incluye convenio de arbitraje

Ref. EDE: 2017/122691, STS Sala 1ª de 27 junio 2017, rec. 3292/2014, Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Contrato de adhesión celebrado en el marco de un CMOF. Declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje. Señala el TS que el órgano jurisdiccional ante el que se plantee una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Si no es válido o no es aplicable a las cuestiones objeto de controversia, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio (FJ 2 y 3). Cuando el convenio se incluye en un contrato de adhesión celebrado en el marco de un contrato de operaciones financieras, la renuncia al ejercicio de acciones ante los tribunales por sumisión al arbitraje debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca. Que el contrato marco de operaciones financieras quede sujeto al arbitraje no implica que el adherente haya aceptado que los contratos celebrados a su amparo también lo estén (FJ 4 y 5).



ITER PROCESAL: El Juzgado rechazó la excepción de declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje y estimó parcialmente la demanda. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto. El TS desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y rechaza la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje aunque el contrato marco de operaciones financieras quede sujeto a arbitraje.

CESIÓN DE CRÉDITOS: SEGURO DEFUNCIÓN

Reclamación por el cesionario junto al crédito principal del recargo por demora

Ref. EDE: 2017/106369, STS Sala 1ª de 19 junio 2017, rec. 99/2015, Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Seguro de defunción. Cesión de crédito. Reclamación de mora al deudor. Legitimación activa del cesionario. El TS, por primera vez, declara que el cesionario de un seguro está legitimado para reclamar a la aseguradora deudora el pago de lo debido, incluido el recargo por demora. Junto con el crédito principal, son objeto de cesión todos los derechos anexos y accesorios, entre los que se encuentra el citado recargo. No hay disposición legal que lo prohíba por lo que las partes pueden acordarlo así en el contrato (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y condenó al demandado al abono de la totalidad de la cantidad reclamada por el cesionario del crédito. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación, revocando la condena al pago de intereses. El TS estima el recurso de casación y confirma la decisión de primera instancia condenando tanto al principal como a los intereses moratorios reclamados.

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

Exención del banco de reintegrar cantidades anticipadas por el comprador de vivienda

Ref. EDE: 2017/184868, STS Sala 1ª Pleno de 14 septiembre 2017, rec. 436/2015, Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Comprador de vivienda que no se entregó a tiempo. Cantidades anticipadas a cuenta. Exención del banco de devolverlas. El TS exime a una entidad bancaria de devolver las cantidades anticipadas a cuenta por el comprador de una vivienda que no se entregó a tiempo. La entidad de crédito abrió la cuenta especial de la promotora, legalmente exigida, para el ingreso de las cantidades anticipadas por los compradores, esa cuenta se encontraba garantizada mediante una póliza colectiva de afianzamiento suscrita por la promotora y una aseguradora, a quien el banco comunicó la apertura de la cuenta especial, por lo que no incurrió en responsabilidad alguna, pues cumplió con todo aquello que le era exigible (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en cuanto a la petición de condena solidaria de la entidad bancaria a la devolución de la cantidad anticipada en la compra de la vivienda no entregada. La Audiencia estimó el recurso de apelación y declaró responsable a la codemandada de la devolución de las cantidades anticipadas por

el actor. El Pleno del TS estima el recurso de casación y absuelve a la entidad bancaria que cumplió con lo que le era exigible.

CONTRATO ALEATORIO DE INVERSIÓN

Asunción de riesgos del inversor en acciones cuando se trata de la modificación estructural de la sociedad

Ref. EDE: 2017/149849, STS Sala 1ª de 20 julio 2017, rec. 342/2015, Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Contratos especulativos y aleatorios. Reestructuración de sociedad. Imposibilidad sobrevenida. Cláusula “rebus sic stantibus”. El TS no aplica la imposibilidad sobrevenida del contrato, con la consiguiente resolución del mismo, ni la cláusula “rebus sic stantibus”, en caso de modificaciones estructurales de la sociedad cuyas acciones constituyen la base de un contrato especulativo y aleatorio, pues no lo considera como una circunstancia extraordinaria y racionalmente imprevisible. La posibilidad de una rentabilidad muy elevada conlleva a cambio la asunción de riesgos significativos para el inversor como puede ser la pérdida total de la inversión (FJ 13 y 14).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se instaba la resolución del contrato de prestación de “servicio de inversión”. La Audiencia estimó el recurso de apelación y declaró resuelto el contrato de inversión, condenando a las demandadas solidariamente a restituir la inversión. El TS estima el recurso de casación y rechaza la resolución contractual al no apreciar la imposibilidad sobrevenida contractual.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Declaración de paternidad pese a la negativa de someterse a la prueba biológica

Ref. EDE: 2017/141751, STS Sala 1ª Pleno de 18 julio 2017, rec. 2850/2016, Ponente: D. Antonio Salas Carceller

RESUMEN: Filiación extramatrimonial de menor. Reclamación de paternidad. Prueba biológica: negativa a su práctica. El Pleno del TS declara la paternidad de quien se niega de forma injustificada a someterse a una prueba biológica, pues no cabe primar la actuación de quien obstaculiza sin razón la averiguación de la verdad, teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso. No es necesario que se pruebe la existencia de una relación sentimental entre las partes, sino que basta con una simple relación de conocimiento de la que se pueda concluir la posibilidad de la procreación y la probabilidad, incluso débil, de que efectivamente fuera cierta la paternidad que se atribuye. (FJ 2-4).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda en la que se pedía la declaración de paternidad. La Audiencia desestimó el recurso de apelación confirmando la decisión de primera instancia. El Pleno del TS estima el recurso de casación y reconoce la paternidad del demandado pese a su negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad ante la verosimilitud de la misma.



COMUNIDAD DE BIENES HEREDITARIOS

Inexistente impedimento de subasta de bienes inmuebles a efectos de adjudicar la masa hereditaria

Ref. EDE: 2017/201845, STS Sala 1ª de 5 octubre 2017, rec. 1188/2015, Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Comunidad de bienes. Condominio. Divisibilidad. Determina el TS que el hecho de que una de las herederas resida en el inmueble de mayor valor, no constituye título de atribución ni causa justificada para obviar la subasta a fin de adjudicar los bienes que constituyen la masa hereditaria (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y llevó a efectos la disolución de la comunidad hereditaria y adjudicación de las fincas a favor de los herederos mediante subasta. La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación en el sentido de acordar, en lugar de la subasta entre comuneros y subsidiariamente la subasta con admisión de terceros licitadores, la adjudicación de los bienes antes descritos a cada uno de los comuneros. El TS estima el recurso de casación y confirma la procedencia de la subasta como indica la sentencia de primera instancia.

INCAPACIDAD

Modificación de capacidad acorde con la necesidad de la persona afectada

Ref. EDE: 2017/208830, STS Sala 1ª de 11 octubre 2017, rec. 2065/2016, Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Capacidad. Modificación. Considera el TS que el juicio sobre la modificación de la capacidad debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, debiendo ser proporcionada a la realidad de sus limitaciones y el contexto en que se desarrolla su vida (FJ 3).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y acordó la incapacidad total y el sometimiento a tutela. La Audiencia desestimó el recurso de apelación confirmando la decisión de instancia. El TS estima en parte el recurso de casación, limitando el grado de la incapacidad conforme a la necesidad del afectado.

SERVICIO DE TRANSPORTE

Obligación de operar con licencia al tratarse de servicio de transporte y no de plataforma digital

Ref. EDE: 2017/257818, STJUE Sala 2ª de 20 diciembre 2017, nº C-434/2015

RESUMEN: La justicia europea obliga a Uber a operar con licencia. Es un servicio de transporte y no una plataforma digital colaborativa. El TJUE obliga a Uber a operar con licencia al tratarse de un servicio de transporte y no una plataforma digital de intermediación entre viajeros, por lo que estará obligada a trabajar con licencia -como la de vehículos de alquiler con conductor con las que actualmente trabaja en España- y no podrá ser operada por conductores particulares. Señala que un servicio de intermediación que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de "servicio en el ámbito de los transportes", a efectos del art. 58.1 TFUE (FJ 33-49).

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil nº3 Barcelona plantea ante el TJUE la petición de decisión prejudicial que ha dado lugar al presente asunto C-434/2015, sobre determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Autorización de transporte público de mercancías por carretera sin necesidad de un mínimo de flota

Ref. EDE: 2018/3514, STJUE Sala 10ª de 8 febrero 2018, nº C-181/2017

RESUMEN: Requisitos para obtener una autorización de transporte público. El TJUE ha declarado ilegal el requisito español de tener una flota de tres camiones para operar en el sector del transporte de mercancías. Ha confirmado que cualquier empresa que disponga de al menos un vehículo debe poder obtener una autorización de transporte público, sin que los Estados miembros puedan establecer, como condición adicional, un número mínimo de vehículos distinto del fijado en esta disposición (FJ 13-21).

ITER PROCESAL: La Comisión Europea recurre ante el TJUE para que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en relación a las normas comunes, relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera.

Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas en el tercer y cuarto trimestre de 2017

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AGRUPACIÓN

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11371)

Admite la inscripción de una escritura de agrupación de fincas colindantes y declaración de obra nueva en construcción, sin necesidad de aportar representación gráfica georreferenciada en formato GML, ni de la finca agrupada, ni de la porción ocupada por la construcción.

No hay obstáculo para inscribir la agrupación, inscribiendo las bases gráficas catastrales aportadas, que se refieren a las parcelas agrupadas, las cuales son colindantes y se identifican con dos parcelas catastrales también colindantes, cuyas referencias constan inscritas, existiendo además total coincidencia entre la superficie de las fincas en Registro y en Catastro. Todo ello en virtud del párrafo 3º, apartado 8º resolución conjunta DGT-DGRN 26 octubre 2015.

En cuanto a la georreferenciación de la porción de finca ocupada por la edificación, dado que se trata de una exigencia legal para conseguir la coordinación del Registro con la realidad física (artículo 198 LH), sólo procederá cuando la edificación se encuentre finalizada.

R. 13 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11384)

Deniega la inscripción de una escritura de agrupación de dos edificios y constitución de propiedad horizontal, porque existe duplicidad en la descripción de la planta baja del inmueble resultante de la agrupación, en cuanto a determinado local del edificio primero y un trastero-almacén del segundo, de modo que la descripción correcta es la del primer edificio, pero con la superficie del segundo.

Los demás defectos se desestiman, porque se refieren a la exigencia del registrador de aportar ciertos documentos, pero sin que de la nota de calificación resulte la motivación de tal exigencia, ni existan dudas de identidad debidamente fundadas (todo lo cual se motiva después en el informe de recurso, pero debería haber constado en la nota).

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11372)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo. Ciertamente es doctrina de la Dirección que, estando vigentes asientos de presentación anteriores, lo procedente es aplazar la calificación del documento presentado después mientras no se despachen los títulos presentados primero (artículos 111-3 y 432-2 RH). Pero esta suspensión afecta sólo a los títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores.

En este caso se interpuso recurso contra la calificación denegatoria de una anotación de embargo; y el documento presentado después -objeto de esta resolución- es un mandamiento de prórroga de una anotación de embargo previa. Estos documentos carecen de una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco son documentos contradictorios.

R. 15 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11391)

El testador, sin perjuicio de la legítima estricta de quienes tuvieren derecho a ella, instituyó heredero a una persona a quien sustituyó

yó vulgarmente, sin expresión de casos, por una fundación. Fallecido el causante, la fundación ha interpuesto demanda reclamando que el heredero sea declarado indigno; y ha solicitado del juez que ordene la anotación preventiva de su demanda. La Dirección admite su práctica.

Ciertamente rige el criterio de “*numerus clausus*” en materia de anotaciones preventivas; y la de demanda se contempla sólo para quien reclamare en juicio la propiedad o derechos reales (artículo 42-1º LH). Ahora bien, es doctrina de la Dirección que este precepto no sólo da cobertura a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Además, el artículo 727-5-6 LEC permite acordar anotaciones cuando la publicidad registral sea útil para el buen fin del procedimiento.

En el supuesto resuelto, si prosperase la demanda de indignidad del primer heredero, la fundación ocuparía su lugar, lo cual podría provocar alteraciones registrales: la fundación podría obtener anotación de demanda de su derecho hereditario (artículos 42-6 y 46 LH); y en el supuesto más probable de inexistencia de legitimarios, la heredera única podría inscribir el bien a su nombre. De no extenderse la anotación solicitada, nada impediría la inscripción de un título de adjudicación a favor del presunto indigno, de modo que la medida cautelar adoptada es la única manera de reflejar en el Registro la existencia de un procedimiento en el que se cuestiona el nombramiento testamentario.

R. 26 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 12000)

Admite la constancia registral de que un embargo anotado preventivamente ha sido ampliado en cuanto al principal y a las costas, resultando de la documentación aportada que la ampliación deriva de la misma obligación que motivó el embargo inicial.

Es doctrina de la Dirección permitir la ampliación del embargo -por principal o por otros conceptos-, siempre que los nuevos importes tuviesen el mismo origen que el débito original y que por ello pudiesen ser exigidos en el mismo procedimiento, como por ejemplo ocurre en los nuevos vencimientos de una deuda de duración periódica; y todo ello aunque la finca se halle ahora inscrita a nombre de otra persona o se hayan anotado posteriormente otros derechos. Esta doctrina tiene en consideración la naturaleza del embargo como traba procesal que afecta un bien al resultado de un procedimiento, de modo que las cantidades consignadas en la anotación son un mero reflejo de la situación en que se encuentra un proceso dinámico pero no limitan la responsabilidad final (con la excepción del artículo 613 LEC en cuanto a los adjudicatarios de una ejecución posterior, pero no para otros titulares o terceros poseedores que pudieran aparecer en el Registro).

R. 29 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12187)

Admite la prórroga de una anotación preventiva de embargo, porque el mandamiento de prórroga se presentó antes de la caducidad de la anotación.

La Dirección recuerda su doctrina. La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera “*ipso iure*” una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH). Agotado el plazo de la anota-

ción, o cancelada ésta, ya no puede ser prorrogada y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes. Es doctrina también aplicable a los apremios administrativos. El “*dies a quo*” para el cómputo de la caducidad es el de la misma anotación (y no la fecha del asiento de presentación). No se aplica el artículo 5 Cc, sino el 109 RH, según el cual, el cómputo es de fecha a fecha y, si el último fuese inhábil (incluyendo los sábados según el artículo 19-1 Ley Emprendedores), el vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente.

En sentido contrario, pero sobre la base de la misma doctrina, la **R. 6 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12452)**, deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo, en virtud de mandamiento judicial expedido antes de la caducidad de la anotación, pero presentado al Registro después de la misma. Y la **R. 6 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12452)** deniega la cancelación de una anotación de embargo, que se ordena en mandamiento judicial como consecuencia de un procedimiento de ejecución de una anotación preferente que se encontraba caducada desde antes de haberse presentado el título.

R. 10 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12457)

Suspende la práctica de una anotación preventiva de embargo, porque en el momento de la presentación del mandamiento municipal que la ordenaba, la finca consta inscrita a nombre de terceros, como consecuencia de divisiones horizontales y sucesivas transmisiones de todos y cada uno de los elementos independientes, cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento administrativo correspondiente.

R. 13 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12755)

R. 13 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12756)

Deniega la cancelación, pretendida por caducidad, de unas anotaciones preventivas de embargo, por encontrarse prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC-2000.

La Dirección recuerda su doctrina sobre vigencia de anotaciones preventivas tras la LEC-2000. Hay tres posibles situaciones:

- Anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la LEC-2000: caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (art. 86 LH redactado por la LEC-2000).

- Anotaciones practicadas antes de la vigencia de la LEC-2000: mismo régimen.

- Anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC-2000, como ocurre con las del supuesto resuelto. A ellas se refiere la Instrucción DGRN de 12 diciembre 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH (tácitamente derogado tras la vigente LEC): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que, por analogía con el art. 157 LH, sólo podrá pedirse la cancelación a los 6 meses desde la emisión de la resolución firme recaída en el proceso en que la anotación y su prórroga fueron decretadas, para así dar tiempo al anotante a pre-



sentar ésta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros.

R. 8 noviembre 2017 (BOE 289, 28-XI-17: 13785)

Deniega la cancelación de la anotación de embargo posterior a la que grava la finca, que se pretende como consecuencia del despacho de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas resultantes del procedimiento en que se trabó dicha anotación, que se encuentra caducada antes de la presentación del título calificado.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque la cancelación formal sea posterior. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

R. 20 noviembre 2017 (BOE 302, 13-XII-17: 14644)

Se pretende la práctica de una anotación de demanda sobre tres fincas, decretada como medida cautelar en el procedimiento donde se ejercita la acción de nulidad del testamento del esposo de la demandada, en cuya virtud adquirió esta última. El registrador practica la anotación en cuanto a las dos fincas que fueron adquiridas por herencia, pero la deniega en cuanto a la tercera finca, que fue adquirida por la titular actual mediante compra en estado de soltera.

Es doctrina de la Dirección que, aunque la anotación preventiva de demanda se contempla sólo para quien reclamare en juicio la propiedad o derechos reales (artículo 42-1º LH), debe extenderse esta posibilidad a todas las demandas en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Por ello está correctamente practicada la anotación en cuanto a las dos fincas adquiridas en virtud del testamento cuya declaración de nulidad se pretende. Pero respecto de la finca adquirida, procede confirmar la denegación de la anotación, porque no consta que la estimación de la demanda pueda producir una mutación jurídico-real. La parte recurrente alega que la compra se pagó mediante un préstamo del que pudo haber nacido un crédito a favor de la herencia. Es preciso que el Juzgado aclare si la medida cautelar es igualmente extensible a esta finca.

R. 28 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14740)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de inscripciones, dictados como consecuencia de un procedimiento de ejecución, por encontrarse caducada la anotación de la que deriva el procedimiento antes de que la documentación calificada fuese presentada al Registro.

Es doctrina reiterada que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

ARRENDAMIENTO

R. 28 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12186)

Deniega la inscripción de un arrendamiento por plazo de 15 años, constituido sobre el 50% de cuatro fincas, que es la cuota que corresponde al arrendador sobre las mismas.

Con independencia de la admisión teórica del arrendamiento de cuota, para la inscripción de todo arrendamiento inmobiliario, hay que determinar su naturaleza y régimen jurídico, que se regirá por las estipulaciones de las partes y las normas del Código civil que sean de aplicación. Al arrendamiento del supuesto no le es aplicable la LAR, porque las fincas son urbanas. Tampoco le es aplicable la LAU, porque tres de las fincas son solares; y aunque la restante es una vivienda, al arrendarse sólo una cuota, no se cumple con la exigencia legal de que sólo cabe el arrendamiento de vivienda sobre edificaciones habitables (artículo 2-1).

R. 23 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13149)

Admite la cancelación de un arrendamiento rústico inscrito, en virtud de testimonio firme del decreto de desahucio por impago de rentas dictado por el Letrado de la Administración de Justicia (sin necesidad de resolución judicial o escritura pública, como exigía el registrador).

El artículo 25 LAR-2003 señala como causa de resolución del contrato la falta de pago de rentas; y el artículo 79-2 LH permite pedir la cancelación cuando se extinga el derecho inscrito. Por ello, aunque no se haya solicitado expresamente la cancelación del arrendamiento, debe entenderse implícita.

COMUNIDAD

R. 11 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11378)

En su día se expidió certificación acreditativa de la libertad de cargas de unas fincas pertenecientes a varios condueños, en virtud de mandamiento dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales derivados de un procedimiento de división de cosa común. Posteriormente se inscribió hipoteca sobre la cuota de uno de los comuneros. Ahora se presenta decreto de adjudicación a favor del mejor postor en la subasta celebrada en el procedimiento de división de cosa común, junto con mandamiento de cancelación de la hipoteca, como carga posterior.

La Dirección deniega la cancelación de la hipoteca. Resultan de aplicación al supuesto las normas sobre procedimiento de apremio, pero adaptadas a las peculiaridades del caso. Uno de sus trámites esenciales es la expedición por el registrador de la certificación de dominio y cargas. Pero la división de cosa común no es una carga, sino una facultad inherente a la copropiedad. Por ello no cabe practicar la nota marginal prevista en el artículo 656-2 LEC (que hubiese posibilitado la cancelación de la hipoteca posterior). Sin duda es conveniente en estos casos que conste en el Registro la existencia del procedimiento a fin de evitar que surja un tercero protegido por la fe pública. Tal constancia se habría producido si se hubiese solicitado anotación preventiva de demanda de ejercicio de la acción de división de cosa común. Tampoco hay constancia de la intervención de los acreedores hipotecarios en el procedimiento de división. En

consecuencia, la hipoteca que gravaba la cuota del deudor en la comunidad, queda subsistente sobre dicha participación.

CONCURSO

R. 11 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11377)

Deniega la inscripción de una venta directa de inmueble con cancelación de cargas registrales, en ejecución de un plan de liquidación aprobado por el Juez concursal, quien también ha aprobado la venta directa al proponente de la mejor oferta de las seis presentadas. La finca está gravada con tres hipotecas y una anotación de embargo a favor de la TGSS.

Aprobado el plan de liquidación, la regla general para la enajenación de bienes hipotecados es la subasta, si bien el juez puede autorizar otros procedimientos -como la venta directa, o la cesión en o para pago al acreedor privilegiado-, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Las reglas concursales para la enajenación del bien sobre el que recae el derecho real de garantía son imperativas y a ellas debe ajustarse el plan de liquidación (S TS 23 julio 2013). Tales requisitos no constan cumplidos en este caso: el precio de venta (550.000 €) es inferior al valor de tasación del préstamo hipotecario (1.170.900 €) y no ha habido aceptación expresa del acreedor con privilegio especial, sin que sea suficiente la mera aceptación tácita o presunta derivada del hecho de no reaccionar oponiéndose a las ofertas a él comunicadas.

CONDICIÓN

R. 3 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12396)

Declarada judicialmente resuelta la transmisión de una finca que el adquirente había dividido horizontalmente, por entender la sentencia que se ha cumplido la condición resolutoria pactada en la transmisión, se ordena judicialmente la reinscripción a nombre de la parte cedente y la cancelación de los asientos posteriores al de permuta. La Dirección deniega la cancelación de una anotación vigente de embargo, que grava uno de los departamentos, porque sus titulares no han intervenido en el procedimiento, ni tampoco constaba anotada la demanda de resolución al tiempo de la aparición de dichos titulares posteriores.

R. 28 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14741)

Suspende la inscripción de una venta por precio que queda íntegramente aplazado, con pacto de que la transmisión del dominio queda sujeta a la condición suspensiva del completo pago del precio y con reserva de dominio a favor del vendedor hasta el total cumplimiento.

Ciertamente el pacto de reserva de dominio ha encontrado su reconocimiento legal en relación con los bienes muebles, pero esto no contradice el hecho de que también es plenamente válido para los inmuebles. Este pacto tiene alcance jurídico real y es inscribible. Origina una situación fáctica sustancialmente equivalente a la creada por la condición resolutoria explícita, en cuanto la falta de pago del precio comporta la resolución del contrato.

Ahora bien, la inscripción se deniega porque, en caso de resolución del contrato por falta de pago total del precio aplazado, se pacta que el vendedor retendrá para sí y absolutamente todas las cantidades entregadas a cuenta. Se trata de un comiso prohibido en el Código civil (artículos 1859 y 1884). La Dirección entiende aplicable por vía analógica el artículo 175-6º RH, que, para la constancia de la extinción de la titularidad del comprador, exige la consignación del importe que debe ser devuelto al mismo o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos por la resolución.

DEFENSA

R. 19 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 13002)

Deniega la inscripción de una transmisión de finca sita en Ceuta, por falta de aportación de la preceptiva autorización administrativa.

Mediante Ley 37/1998, el poder legislativo delegó en el Gobierno la facultad de dictar las normas que las necesidades de la defensa nacional aconsejasen respecto de Ceuta y Melilla. Fruto de tal delegación, resulta la actual redacción de la disposición final primera del Reglamento de 1978 (dictado para desarrollar la Ley de 1975 de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, cuya actual redacción es de 1990), que exige autorización del Consejo de Ministros -hoy desconcentrada reglamentariamente en las respectivas Delegaciones del Gobierno- para todos los casos de transmisión y gravamen de propiedad y declaraciones de obra nueva sobre inmuebles sitos en Ceuta y Melilla, con independencia de que tales actos afecten a ciudadanos españoles o comunitarios.

El recurrente plantea que la exigencia de la citada disposición final del Reglamento de 1978 debe entenderse tácitamente derogada por la Ley de 1990. Ciertamente la derogación tácita de reglamentos puede ser apreciada por cualquier órgano administrativo o judicial; mientras que la derogación tácita de leyes es materia propiamente jurisdiccional. En el caso resuelto, el supuesto conflicto se produce entre normas de rango legal, pues el Reglamento de desarrollo vendría a ser ejecución de una ley, pero por vía de habilitación al Gobierno por parte del Legislativo.

DESCRIPCIÓN DE FINCAS, GEORREFERENCIACIÓN, EXCESO DE CABIDA

R. 18 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11728)

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 13/2015 se intentó la inscripción de un exceso de cabida mediante expediente judicial de dominio, en el que fueron citados los dos colindantes: la sociedad dueña de la matriz de la que en su día se segregó la finca; y la Confederación Hidrográfica del Guadiana, la cual se opuso en cuanto el exceso de cabida pudiera afectar a la expropiación de una tubería y su camino de servicio. El auto final declaró no justificado el exceso, entendiendo que lo aparentemente pretendido era que otra parte de la finca matriz colindante pasase a inscribirse en la finca de la promotora, sin que se hubiese acreditado título jurídico alguno para dicha atribución, todo lo cual excede de la finalidad del procedimiento.



A la vista del fallo desfavorable, la titular de la finca inició procedimiento declarativo, vigente ya la Ley 13/2015, que produjo la sentencia cuya inscripción deniega ahora la Dirección. No puede aducirse como defecto que impida la inscripción la falta de intervención de los colindantes, que sí se produjo en el anterior procedimiento, como se ha indicado. Sin embargo, sí es necesaria la intervención de la entidad de crédito titular de un derecho de hipoteca sobre la finca matriz colindante, de la cual procede la superficie que se pretende incorporar a la finca segregada. Por otro lado, la rectificación superficial pretendida es muy superior al 10% de la cabida inscrita, por lo que es necesario aportar la representación gráfica georreferenciada (artículos 9-b, 198 y 203 LH). En el Catastro no ha tenido acceso la rectificación cuya inscripción se pretende, tampoco se ha aportado una representación gráfica alternativa, y los planos obrantes en el expediente son discrepantes en cuanto a dicha representación.

R. 29 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12188)

Deniega la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva y compraventa, en la que se atribuye a la porción ocupada por la edificación, una superficie superior a la que consta inscrita respecto de toda la finca. No puede inscribirse la obra, si no se inscribe primero el exceso.

El registrador no debe proceder de oficio a iniciar el procedimiento del artículo 199 LH, sin que pueda tampoco considerarse implícita en el título la solicitud del interesado. Además, para poder iniciar este procedimiento, resulta esencial que el titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con su finca y cuya inscripción se pretende. Del título no resulta solicitud expresa de rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, a la que en ningún momento se alude, ni de inscripción de la misma.

R. 10 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12456)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral, pretendida a través del procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo justificadas las dudas del registrador, porque lindando la finca únicamente con calles y una parcela del Ayuntamiento, éste se ha opuesto expresa y terminantemente al exceso de cabida que la operación pretendida implica, acompañando plano de medición municipal.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del citado artículo, que tiene por objeto la incorporación potestativa de la representación gráfica. Las dudas del registrador sobre la identidad de la finca deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, y deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar otras representaciones auxiliares disponibles. Habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición no determina la denegación de la inscripción.

R. 19 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 13004)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas del registrador, derivadas de circunstancias como la procedencia de la finca por segregación y la existencia de una controversia judicial sobre la naturaleza de la franja de terreno que pretende incorporarse a la finca, según resulta de los documentos fehacientes aportados y de la oposición formulada por dos colindantes.

La Dirección recuerda su doctrina sobre este procedimiento, cuya principal finalidad es salvaguardar los derechos de los colindantes. Las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados, deben referirse a que la representación gráfica coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o al encubrimiento de transmisiones o modificaciones hipotecarias.

R. 25 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13607)

Practicado el procedimiento del artículo 199 LH, el registrador emite calificación negativa desestimando las alegaciones formuladas por una persona que no es colindante, y mantiene la inscripción del exceso de cabida, modificación de linderos e inscripción de obra nueva.

El artículo 199 no prevé que se efectúe una calificación de cada una de las alegaciones sujetas a posibilidad de recurso, lo cual supondría un grave entorpecimiento del tráfico. Resulta incorrecto el proceder del registrador de emitir calificación negativa de un escrito de alegaciones. En cuanto a la inscripción practicada como consecuencia de la finalización del procedimiento, es doctrina consolidada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicada la inscripción, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la procedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 26 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13716)

Consta inscrita una finca con una superficie de 187 metros cuadrados, en virtud de una segregación del año 2002. Ahora se pretende la rectificación de la cabida de la misma para hacer constar un exceso de cabida de sólo 2 metros hasta alcanzar la superficie que figura en la certificación catastral.

La Dirección lo admite, a pesar de que la descripción inscrita proceda de un segregación relativamente reciente. El exceso pretendido es de muy escasa entidad, encaja en los supuestos de mera rectificación de superficie del artículo 201-3-b LH y está justificado por el certificado catastral, que es plenamente coincidente con la finca registral sin que pueda deducirse la existencia de alteración alguna de la realidad física de la finca.

R. 26 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13717)

Consta inscrita una finca con una superficie de 187 metros cuadrados, en virtud de una segregación del año 2002. Ahora se pretende la rectificación de la cabida de la misma para hacer constar un exceso de cabida de 13 metros hasta alcanzar la superficie que figura en la certificación catastral.

La Dirección lo deniega. Ciertamente se aporta un certificado catastral que permitiría inscribir este exceso de menos del 7% conforme al artículo 201-3-a LH; pero hay que considerar que la finca proviene de segregación verificada en virtud de licencia municipal, que hubo una previa rectificación de superficie de la finca matriz y que, por tanto, quedó perfectamente determinada la superficie; de modo que el exceso pretendido no puede considerarse mera rectificación de superficie al superar el 5% de la cabida inscrita. Existen otros medios con mayores garantías para lograr la rectificación descriptiva pretendida, como son los de los artículos 199-1 y 201 LH.

R. 27 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13720)

Admite la práctica de la anotación preventiva prevista en el artículo 201 LH (en relación con el 203), sobre procedimiento para hacer constar la rectificación de descripción, cabida y linderos, para hacer constar la pretensión de rectificación de la descripción inscrita, de modo que con la anotación se obtiene prioridad registral para dicha pretensión, por su posible conversión en inscripción definitiva, evitando la práctica de otros asientos que modifiquen la configuración física de la finca.

En este supuesto el registrador expone sus dudas de que la alteración pretendida no es una mera rectificación de descripción, sino que realmente se trataría de un negocio traslativo encubierto, dada la gran diferencia entre la cabida inscrita y la que se pretende reflejar, así como la modificación de linderos fijos. Pero lo cierto es que estas dudas producirán en su momento la suspensión de la inscripción solicitada (artículo 201-1 LH). Sin embargo, lo procedente ahora es practicar la anotación que simplemente publicita la iniciación y continuación del procedimiento.

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14143)

Se debate la inscripción de una escritura de subsanación por la que se rectifica la descripción de dos fincas inscritas.

Respecto de una de las fincas, se admite la procedencia de la tramitación del procedimiento para la rectificación de descripción. No existen diferencias de superficie superiores al 10% entre la cabida inscrita y la catastral; ni existen diferencias en cuanto a la denominación del sitio o paraje de la finca y su naturaleza; tampoco se han motivado suficientemente las dudas de identidad aducidas. Este tipo de supuestos, se pretenda o no inscribir la representación gráfica, no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino sólo de notificación registral, tras la inscripción, a los titulares registrales colindantes.

Sin embargo, respecto de la otra finca se consideran justificadas las dudas de la registradora. En la nueva descripción la finca es discontinua, extremo que no constaba hasta hora, y está formada por dos parcelas catastrales no colindantes entre sí, existiendo una importante disminución de cabida (cercana al 50%), lo cual podría estar encubriendo operaciones de modificación hipotecaria. Para inscribir la rectificación pretendida podrá tramitarse el expediente notarial del artículo 201 LH, o bien el correspondiente juicio declarativo a que se refiere el artículo 198 LH.

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14145)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa de una finca inscrita como situada en varios términos municipales, a pesar

de que no se especifica la superficie y porción concreta correspondiente a cada uno de ellos, lo cual viene exigido, no ya por el vigente artículo 2 RH, pero sí por la Dirección, a efectos de las posibles notificaciones registrales al Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma y el Catastro, y a efectos de determinar la competencia territorial del registrador.

Lo que ocurre es que en el supuesto resuelto, según la certificación catastral incorporada, la finca está sólo en uno de los términos municipales, y los interesados, de forma expresa, declaran que no existe discrepancia a los efectos del artículo 18-2 LCI y que solicitan la rectificación descriptiva conforme a la certificación catastral, de la cual resulta una diferencia de cabida, pero inferior al 10% de la inscrita (artículo 201-3-a LH).

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14146)

Admite la inscripción de un acta de rectificación de descripción de finca, según el artículo 201 LH (que se remite al 203), en el cual la notificación a los titulares colindantes integrantes de una misma propiedad horizontal se han dirigido al presidente de la comunidad.

Ante la falta de norma expresa, la Dirección entiende aplicable analógicamente a este supuesto la regla del artículo 199 que permite la notificación al presidente, que es quien ostenta legalmente la representación de la sociedad en juicio y fuera de él (artículo 13-3 LPH). A partir de la misma norma también interpreta la Dirección que, previamente a la notificación edictal, es preceptivo haber intentado la notificación personal, salvo que nos encontremos en un caso en el que se ignore el lugar de la notificación. En el supuesto resuelto, se personó en la notaría la presidenta de la comunidad de propietarios y se hizo cargo de la cédula de notificación. También se publicó la notificación mediante edictos en el Tablón Único Edictal del BOE.

R. 21 noviembre 2017 (BOE 302, 13-XII-17: 14646)

R. 21 noviembre 2017 (BOE 302, 13-XII-17: 14648)

Presentada acta notarial del artículo 201 LH, en relación con el 203, la Dirección considera que debe expedirse la certificación inicial prevista en dichos preceptos, a pesar de que la registradora manifiesta tener dudas de identidad de la finca derivadas de la magnitud del exceso declarado y de otras circunstancias (en la R. 14646, la finca procede de segregación, existe declarado un previo exceso de cabida en la finca matriz y además se han localizado dos fincas registrales en las que podría estar comprendido el exceso que se pretende constatar; en la R. 14648 se aprecia falta de correspondencia con la situación catastral que consta en una previa escritura de hipoteca). Por otro lado, la registradora considera que, al haber renunciado los interesados a la práctica de la anotación preventiva de la pretensión de rectificación descriptiva, no puede expedirse la certificación solicitada, sin que tenga virtualidad a estos efectos la renuncia del interesado a la anotación.

La expresión de dudas de identidad al comienzo del procedimiento no impide continuar con su tramitación, pues el notario puede realizar las actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas y, en particular, la intervención de posibles afectados (R. 27 junio 2016). Por otro lado, la conveniencia de practicar la anotación de la solicitud de rectificación no determina que la misma tenga carácter obligatorio, pues lo contrario no encajaría con el principio de voluntariedad de la inscripción. En la R. 14648 se añade que la tramitación del procedimiento no requiere el consentimiento del



acreedor hipotecario, sino que basta con que lo promueva el titular del dominio, previéndose después la intervención de los titulares de cargas, de modo que la salvaguarda de sus derechos será objeto de calificación una vez concluido el procedimiento y no al expedirse la certificación.

Lo procedente en este tipo de supuestos es la expedición de la certificación y la continuación del procedimiento.

R. 22 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14731)

Se presentó acta notarial del artículo 201 LH, en relación con el 203, en la que se iniciaba el procedimiento, solicitando la expedición de la preceptiva certificación. La registradora la denegó por tener dudas sobre la identidad de la finca. La notaria autorizante, a la vista de tal calificación, extendió una diligencia final de conclusión del procedimiento. Ahora el interesado presenta el acta iniciadora junto con un escrito en el que pide la expedición de la certificación. La Dirección confirma la negativa de la registradora.

No hay inconveniente para admitir que la solicitud de certificación o anotación preventiva sea presentada por el propio interesado (artículo 6 LH), pero tal solicitud debe ser suscrita por el notario autorizante del acta, ante el que se tramita el procedimiento (artículo 201-1 LH).

R. 29 noviembre 2017 (BOE 308, 20-XII-17: 15153)

Admite la expedición de certificación y la práctica de anotación preventiva solicitadas al iniciar procedimiento de rectificación de descripción del artículo 201 en relación con el 203 LH.

Es posible tramitar este tipo de procedimiento, aunque conste inscrita una edificación sobre la finca. Ciertamente el artículo 201-1-e LH excluye de este expediente la rectificación de edificaciones, fincas o elementos integrantes de propiedades horizontales, o fincas resultantes de expedientes administrativos de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. Lo procedente en tales casos será la rectificación del título original o la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Pero la exclusión se refiere a la edificación, siendo posible la rectificación en cuanto a la descripción del suelo. Si lo que se pretendiese fuera rectificar la descripción del edificio, habría que cumplir los requisitos para modificar obras nuevas.

Por lo tanto, en el supuesto resuelto, el procedimiento es el adecuado para la rectificación descriptiva del suelo. Y además, en cuanto se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica que describe la obra y la declara concluida en 2000, también se cumplen los requisitos del artículo 28-4 LS para la declaración de "obras antiguas". Por otro lado, es doctrina de la Dirección que la certificación catastral es también medio hábil para acreditar circunstancias tales como el cambio de nombre o número de calle, siempre que no existan dudas sobre la identidad de la finca (artículo 437 RH).

DESLINDE

R. 28 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12185)

Deniega la inscripción de un mandamiento que ordena la inscripción de una sentencia, la cual estima la pretensión de deslinde planteada por el demandante. En ejecución de la sentencia se otorga

un documento privado, suscrito por la esposa demandada y por los herederos del esposo demandado, quienes declaran haber llevado a cabo las operaciones de deslinde y amojonamiento conforme a la sentencia, adjuntando un plano.

La inscripción se deniega porque de la documentación presentada no resulta la descripción literaria de las fincas tras el deslinde efectuado. Además, al haberse presentado el título vigente la Ley 13/2015, debe expresarse necesariamente la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea de separación entre las fincas deslindadas; y si además se desea inscribir la completa georreferenciación de cada finca, habrá que aportarla. Por otro lado, el mandamiento, que también ordena la cancelación de las inscripciones contradictorias, debe concretarlas.

Los otros defectos se desestiman. El documento privado presentado junto con el mandamiento no es el título material del deslinde, sino que se limita a poner en conocimiento del Juzgado que se han realizado voluntariamente las operaciones ordenadas en la sentencia. En consecuencia, no constituye obstáculo el hecho de que no sea escritura pública. Y tampoco es necesario acreditar: ni el fallecimiento del esposo demandado, ni la cualidad de herederos de los firmantes; ni tampoco la representación de un menor por su madre en calidad de tutora.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11370)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación y venta autorizada en 1988 y presentada al Registro en la actualidad. Quien otorgó la segregación y vendió es un particular diferente de la entidad titular registral actual ("Área Metropolitana de Barcelona"). Se infringen los principios de tracto sucesivo (artículo 20 LH) y de prioridad (artículo 17). Si se tratase de una segregación que no se inscribió en su día, sin que se dejara reservada a favor del titular registral anterior suficiente superficie para inscribirla ahora (artículo 47 RH), será necesario rectificar los asientos ya practicados, conforme al artículo 40 LH.

Por otro lado, se da la razón al recurrente en que basta con aportar la representación gráfica catastral de la finca segregada; y no la de la finca general. La Dirección recapitula su doctrina sobre georreferenciación en segregaciones y divisiones. Al ser operaciones de carácter estrictamente registral, su inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación al Registro; de modo que en todo documento de división, segregación, agrupación o agregación presentado a partir del 1 de noviembre de 2015, aunque su otorgamiento hubiese sido anterior, habrá de aportar la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte. Pero respecto de la constancia de la representación gráfica en caso de segregaciones que hayan accedido sucesivamente al Registro (artículo 47 RH), sólo hay obligación de aportar la representación de la porción que sea objeto de inscripción en cada caso.

R. 27 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 12002)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación, no en cuenta a la porción segregada -que ha sido debidamente georrefe-

renciada-, sino en cuanto a la representación gráfica que se pretende atribuir al resto de finca matriz.

La Dirección recapitula su doctrina sobre inscripción de la representación georreferenciada de fincas. El artículo 9 LH remite al 199, pero lo hace sólo en los casos de georreferenciación potestativa, y no en los de georreferenciación obligatoria, como la segregación, salvo que se rectifique la cabida en más de un 10% o se pretende alguna alteración cartográfica que no respete el perímetro catastral, supuestos en los cuales sería necesario tramitar dicho procedimiento para preservar los derechos de los colindantes afectados. Respecto de la constancia de la representación gráfica en caso de segregaciones que hayan accedido sucesivamente al Registro (artículo 47 RH), sólo hay obligación de aportar la representación de la porción que sea objeto de inscripción en cada caso.

En el supuesto resuelto, el título expresa que el resto de finca se corresponde con la mayor parte de la parcela 64 del polígono 11. Se ha tramitado el procedimiento del artículo 199 LH y en el mismo ha formulado oposición el titular de una finca colindante que, según el Registro incluye parte de la citada parcela y polígono. Además, este titular lo es también en el Catastro de la parcela 64 del polígono 11. La Dirección encuentra justificadas las dudas de la registradora.

R. 29 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12189)

Deniega la inscripción de una escritura de subsanación de otra de segregación que ya consta inscrita, en la que se pretende rectificar la descripción de la finca matriz, de la porción segregada y de la finca resto.

No es que se haya producido una mera falta de correspondencia en la superficie de las fincas entre el título y la licencia, sino la total alteración de las parcelas catastrales identificadas en la licencia, así como la desaparición de una porción determinada de finca y la creación de una finca discontinua, circunstancias que denotan una ordenación de terrenos que no se corresponde con la segregación inscrita para la que se concedió licencia. En consecuencia, es precisa nueva licencia de segregación.

Por otro lado, no hay coincidencia entre las descripciones literarias de las fincas matriz, segregada y resto, con las que resultan de la línea perimetral de las parcelas catastrales que las integran. Ciertamente la Ley Hipotecaria sólo impone la total coincidencia descriptiva en los casos de inmatriculación. Sin embargo, cuando se pretende rectificar superficies para adecuarlas al Catastro, es preciso acreditar la correspondencia de las fincas con las que resultan de la certificación catastral, lo que no resulta en este caso, dadas las diferencias descriptivas puestas de manifiesto por el registrador, cuyas dudas justifican la tramitación de un procedimiento de rectificación como los regulados en los artículos 199 y 201 LH.

R. 28 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14739)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación autorizada en virtud de licencia expedida por una entidad de ámbito inferior al municipio, cuando, una vez presentada en el Registro, se presenta certificado de decreto de la alcaldía del que resulta haberse iniciado expediente de disciplina urbanística, haberse avocado la competencia que “de facto” ejercía la citada entidad inferior, iniciar

la revisión de oficio de la disposición dictada, que se considera ilegal, y la medida cautelar de suspensión de efectos de la misma.

Es doctrina consolidada que la calificación debe realizarse en función de lo que resulte del título y de la situación tabular al tiempo de la presentación, de modo que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad. El artículo 179-3 Ley Ordenación del Territorio de Castilla-La Mancha dispone que la existencia de un acto administrativo que ampare actuaciones ilegales no será obstáculo para la adopción de las medidas previstas en la Ley. Por ello, la medida cautelar adoptada por el Ayuntamiento desvirtúa -al menos cautelarmente- la licencia concedida por la entidad menor.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

R. 10 noviembre 2017 (BOE 292, 1-XII-17: 14077)

R. 4 septiembre 2017 (BOE 234, 28-IX-17: 11032)

Admite la inscripción de un documento administrativo mediante el cual, la Delegación Provincial de Economía y Hacienda vende a un particular unas fincas de reemplazo resultantes de concentración parcelaria, a pesar de existir ciertas diferencias descriptivas entre el Catastro y el Registro.

No es necesario aportar certificación o informe municipal sobre el acuerdo aprobatorio del cambio de número de parcelas y polígono, porque no hay dudas sobre la identidad de la finca: la registradora no las manifiesta, más allá de la mera discrepancia numérica; además la superficie inscrita concuerda, si no de forma expresa sí implícitamente, con la catastral (en la R. 4 septiembre 2017 la cabida inscrita coincide con la que figura en el Catastro como cultivada; y en la R. 10 noviembre 2017 la superficie inscrita coincide con la suma de superficies de las dos parcelas catastrales separadas por un camino que, según se dice ahora, conforman la finca vendida).

Por la misma falta de dudas en la identidad de la finca, cabe la rectificación de cabida inferior al 10% (artículo 201-3-a LH), sin necesidad de rectificar el título original, que exigiría la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente.

R. 21 noviembre 2017 (BOE 302, 13-XII-17: 14647)

Admite la inscripción de actos sobre fincas de reemplazo de una concentración parcelaria, aunque hay una diferencia inferior al 10%, entre la cabida de los títulos de concentración y la resultante de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas.

La aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica es requisito propio exclusivamente de las inmatriculaciones por los artículos 203 y 205 LH. La concentración parcelaria no es propiamente una inmatriculación; y le es aplicable el artículo 204 LH: cuando las nuevas fincas no hubiesen sido previamente incorporadas al Catastro, el registrador remitirá a éste copia de la representación gráfica aportada. Por tanto, admitiéndose una representación gráfica no catastral, no es aquí exigible la plena coincidencia con el Catastro, sino que resulta de aplicación el artículo 9-b LH: se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción y las diferencias de cabida -si las



hubiera- no excedan del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca respecto de las colindantes.

R. 23 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14734)

Sobre una finca constaban inscritas una hipoteca a favor de entidad de crédito y dos anotaciones de embargo a favor de la TGSS. Iniciado el procedimiento de apremio a instancias a ésta, la entidad de crédito titular de la hipoteca preferente certificó la inexistencia de deuda hipotecaria, de modo que el procedimiento continuó, la subasta se publicó y la adjudicación de la finca se produjo como libre de dicha carga preferente. Sin embargo, una vez inscrita la adjudicación derivada del apremio, el banco comunicó a la TGSS la subsistencia de la deuda y la hipoteca. El adjudicatario solicitó la nulidad de la adjudicación a su favor. La TGSS, apreciando la existencia de error, procede a la revisión de oficio y emite una resolución administrativa por la que se acuerda revocar la adjudicación en subasta y declarar nula la certificación en cuya virtud se inscribió.

La Dirección admite la cancelación solicitada, sin necesidad de obtener resolución judicial firme. Debe admitirse la rectificación de situaciones inscritas en virtud de título administrativo, cuando el mismo sea alterado por nueva resolución recaída en el correspondiente expediente que cumpla las garantías legales en favor de todos los titulares de derechos inscritos a los que la revocación pudiera afectar. En este expediente se declara expresamente la nulidad de la cancelación de las anotaciones a favor de la TGSS, han tenido posibilidad de intervenir todos los afectados y no existen terceros registrales, por lo que nada obsta a la reposición de la situación registral anterior a la adjudicación y cancelación anuladas.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

R. 19 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11730)

R. 19 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11731)

Admite la extensión de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Agencia Tributaria, en virtud de mandamiento remitido electrónicamente, en el que se indica al pie de la primera página que su autenticidad es verificable mediante código seguro de valoración en la Sede Electrónica de la Agencia.

La Dirección deniega los dos obstáculos de la calificación. No es preciso acompañar la providencia de apremio: el artículo 85 RGR no exige la aportación de la providencia en términos tan explícitos como los del artículo 165 para el caso de documentos judiciales; en el título presentado se certifican todos los elementos que deben contener las providencias, aun cuando no se hayan insertado literalmente. Por otro lado, aunque la firma electrónica y el código seguro de verificación aparecen sólo en el mandamiento y no en sus dos anexos, su consulta en la sede electrónica de la Agencia Tributaria permite comprobar la autenticidad del mandamiento y su integridad.

R. 20 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11842)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en el que la finca adjudicada -que no constituye vivienda habitual- fue tasada en 189.600 euros, quedó desierta la subasta y el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que asciende a 2.713 euros.

Ciertamente la letra del artículo 671 LEC prevé que, en estos casos de subasta desierta de vivienda no habitual, la adjudicación al acreedor por el 50% del valor de tasación o, por la cantidad reclamada por todos los conceptos. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria a su espíritu y finalidad, que es la protección del deudor, de modo que debe interpretarse conjuntamente con el artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

DOCUMENTOS EXTRANJEROS

R. 6 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13881)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa del usufructo de una finca sita en Marbella, autorizada ante notario de Gibraltar. La vendedora es una sociedad domiciliada en Delaware, representada por una persona física que actúa "en su calidad de director", cargo para el que ha sido nombrado en escritura otorgada el mismo día ante el mismo notario gibraltareño. Ni el título calificado ni el de la representación en él invocada, contienen juicios de suficiencia de facultades representativas ni de equivalencia con el documento público español.

En cuanto a la ley aplicable al supuesto (habida cuenta de que están fuera del Reglamento Roma I la mayor parte de las cuestiones sobre Derecho societario): la capacidad y representación de las personas jurídicas se rige por la ley de su nacionalidad (artículo 9-11 Cc); la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se regirá por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas (artículo 10-11 Cc), que será la española; la compraventa de inmuebles se rige también por la ley española (artículo 4-1-c Reglamento Roma I).

En nuestro sistema hipotecario, rige el principio de legalidad (artículo 3 LH), en cuya virtud sólo son inscribibles los documentos públicos o auténticos. El documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español (artículo 60 Ley 29/2015): que esté autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública, y que éste efectivamente dé fe de la identidad del otorgante, así como sobre su capacidad para el acto. Así, es preciso que el documento extranjero supere un análisis de idoneidad o equivalencia con los documentos públicos españoles. La acreditación del principio de equivalencia no es requisito estructural de la escritura autorizada por notario español, ni compete en exclusiva a éste (ya que la autoridad española no está obligada a conocer del Derecho extranjero). La declaración de que la autoridad extranjera actúa en términos equivalentes al notario español puede hacerse en el mismo instrumento o mediante aportación de documentación complementaria, ya proceda de notario español, extranjero o de otro funcionario, ya resulte de otros medios de prueba. Aunque son juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, cuando el primero se produce de forma expresa, necesariamente ha de implicar que el poder es equivalente.

Todas estas consideraciones, que constituyen doctrina de la Dirección para los actos otorgados ante notario español con represen-

tación otorgada ante notario extranjero, son también aplicables a la escritura otorgada ante notario extranjero.

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 3 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13878)

Declarada la nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, se deniega ahora la cancelación de los derechos posteriores, cuyos titulares no han sido parte ni han sido emplazados en el procedimiento. En su día se había tomado anotación preventiva de demanda de nulidad, pero éstas han caducado, siendo doctrina consolidada que la cancelación de las anotaciones preventivas opera “ipso iure”, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico y particularmente, del de la prioridad.

EXPROPIACIÓN

R. 27 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14736)

Deniega la inscripción de unas actas levantadas en expediente expropiatorio para la ejecución de una instalación eólica de generación eléctrica. Consta que, en cuanto a titulares que representan el 98'5% de la finca registral afectada, se da por concluido el expediente y el acta previa queda elevada a acta de ocupación, por haberse alcanzado con ellos: convenio para la constitución de un derecho de superficie por 20 años prorrogables; y mutuo acuerdo en relación con la indemnización derivada de las afecciones correspondientes (artículo 24 LEF). Respecto del 1'5% restante, no se ha suscrito convenio alguno y debe continuarse la tramitación del expediente expropiatorio. Se acompañan escrituras de elevación a público de los contratos de derecho de superficie resultantes del acuerdo, de los que resulta que la constitución del derecho se somete a la condición suspensiva de que los propietarios que no han suscrito el convenio se adhieran al mismo o que los superficiarios adquieran sus cuotas.

La Dirección revoca el primer defecto de la calificación, consistente en no quedar determinado en el título el derecho que se expropia ni la superficie afectada. De las actas previas de ocupación -cuyo levantamiento ha sido publicado en el BOE, y las cuales han sido aportadas al Registro- resulta la relación de titulares, bienes y derechos afectados por la expropiación. Pero es que además, en cuanto al 98'5% de los titulares, el derecho cuya inscripción se pretende es el de superficie convenido, y no ya el que resulta del proyecto de expropiación.

Ahora bien, la inscripción se deniega porque la supuesta condición convenida -la obtención del consentimiento de un tercero o la adquisición de su cuota- es realmente una “condictio iuris” exigida por la Ley, en virtud del principio de tracto sucesivo, para la eficacia del negocio. Y ello sin perjuicio de que pueda tomarse la anotación preventiva del artículo 32-3ª RH, para dar publicidad registral al procedimiento expropiatorio iniciado, cuya conclusión está pendiente en cuanto al 1'5% de la propiedad, de lo cual depende además la eficacia del propio convenio suscrito con el restante 98'5%.

HIPOTECA

Ampliación

R. 19 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11729)

Deniega la inscripción de una escritura de ampliación de hipoteca, en la que se fija para la cantidad ampliada, una responsabilidad por intereses ordinarios, de demora, costas y gastos, establecida en virtud de tipos, plazos y porcentajes distintos a los de la hipoteca inicial; y a continuación se suman estas nuevas responsabilidades con las iniciales, para establecer la responsabilidad total. La parte recurrente sostiene que la ampliación debe asimilarse a una segunda hipoteca.

Ciertamente es doctrina que la ampliación de hipoteca debe asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva, porque, de existir cargas intermedias, la ampliación no puede perjudicarlas, sin que la garantía hipotecaria preferente haya de posponerse a ellas. Sin embargo, debe realizarse una interpretación finalista y sistemática del artículo 4-3 de la Ley 41/2007: la ampliación de capital no supone pérdida de rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o del plazo del préstamo. Esta interpretación reconoce la posibilidad de recarga de la hipoteca, entendida como facultad de compensar las cantidades amortizadas con los nuevos importes concedidos, siempre que no se supere la cifra de capital inicial, aunque existan acreedores intermedios y con mantenimiento del rango de la hipoteca, que seguirá siendo única.

La Dirección se aparta del criterio de la R. 12 mayo 2011, en el sentido de no imponer necesariamente la consideración de la ampliación como segunda hipoteca, porque las partes de una ampliación de capital tienen la posibilidad de optar, aun existiendo titulares de derechos con rango posterior y sin perder el de su hipoteca, entre: utilizar la posible recarga existente sin alterar la responsabilidad hipotecaria, si en la misma cupiere el nuevo importe concedido; utilizar la posible recarga y constituir una nueva hipoteca, en cuanto el nuevo importe concedido exceda del inicial; o bien prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca. En los dos últimos supuestos nada impide que, en ausencia de terceros titulares de asientos intermedios, las partes acuerden el mantenimiento de una sola hipoteca en garantía de una obligación única, aumentando para ello la responsabilidad hipotecaria.

Por tanto, las partes pueden decidir mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, de modo que la ampliación se inscriba como una segunda hipoteca, pero eso debe resultar claramente de la escritura. Cuando la responsabilidad correspondiente al capital inicial y a la ampliación del mismo no se configure de modo uniforme, debe quedar claro que existen dos hipotecas, cada una con su propio rango, con la exacta determinación por separado de sus respectivas responsabilidades hipotecarias por los diferentes conceptos.

Cancelación

R. 5 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12450)

Constan inscritos sobre una finca sucesivamente los siguientes asientos: hipoteca a favor de “Liberbank”; anotación de embargo a favor de la Comunidad Autónoma; cesión del crédito hipotecario de “Liberbank” a la “Sareb”; y ahora se presenta certificación adminis-



trativa de adjudicación de la finca y mandamiento de cancelación de cargas, como consecuencia del apremio administrativo derivado del anterior embargo. El adjudicatario en el apremio administrativo -que es quien recurre-, entiende que la adjudicación a su favor debe inscribirse como libre de cargas, porque: la cesión del crédito hipotecario es asiento posterior al embargo ejecutado; existe un certificado de "Liberbank" que reconoce cancelado económicamente el préstamo hipotecario; y en el apremio administrativo la finca se subastó como libre de cargas.

Sin embargo, la Dirección desestima el recurso. El asiento de hipoteca es preferente a la anotación de embargo; y no se ve alterado por la cesión del crédito hipotecario. En nada cambia lo anterior el hecho de que en la certificación administrativa de adjudicación la finca figure como libre de cargas, pues la hipoteca figuraba en la certificación registral expedida como consecuencia del procedimiento. Por lo tanto, la cancelación de la hipoteca exigiría sentencia firme o consentimiento del actual acreedor hipotecario (artículo 82 LH).

R. 9 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12453)

Admite la práctica de la cancelación de hipoteca resultante de una escritura por la cual la "Sareb", como titular del crédito hipotecario que grava varias fincas de un mismo deudor, declara haber convenido con éste una quita parcial; y además cancela la hipoteca respecto de una de las fincas para facilitar su venta, cuyo precio declara también haber recibido del deudor como pago parcial de la deuda.

Ciertamente en nuestro ordenamiento no es admisible el mero consentimiento formal como título bastante para la cancelación, sino que se exige la existencia y expresión de la causa que la fundamenta. Sin embargo, en el negocio del supuesto resulta que la cancelación de la hipoteca se consiente por la causa del pago de parte de la deuda pendiente y de la quita parcial de deuda, precisamente para facilitar la venta de la finca liberada y la correspondiente obtención de dinero para hacer dicho pago.

R. 24 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13606)

R. 24 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13605)

Consta inscrita una escritura de hipoteca de máximo constituida, conforme al artículo 153 bis LH, en 2012 por plazo de 5 años, prorrogable tácitamente -salvo notificación en contra de cualquiera de las partes- por cuatro trimestres más. La hipoteca garantiza las obligaciones derivadas de determinados tipos de negocio, asumidas por el hipotecante deudor y dos sociedades más -no comparecientes- a favor de determinada entidad de crédito.

Ahora se deniega la cancelación de la hipoteca, que se pretende por caducidad, mediante instancia suscrita por el hipotecante deudor. Ciertamente el plazo pactado lo es de la hipoteca y no de la cuenta u obligación. De hecho, el plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene por qué -y no suele- coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas, que puede ser distinto para cada obligación, e incluso ser desconocido al constituir la hipoteca en garantía de obligaciones futuras. El plazo de duración de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral, que se cancelará automáticamente al vencimiento (artículos 82-2 LH y 353-3 RH), a semejanza de lo que ocurre con las anotaciones preventivas, salvo que exista nota de inicio de una ejecución hipotecaria. Ahora bien, en el caso resuelto, se ha pactado

una prórroga, de modo que antes de la última prórroga acordada (mayo de 2018), la cancelación sin consentimiento del titular exigirá acreditar que la renuncia del deudor a la prórroga se ha realizado en la forma pactada y, en los extremos no pactados, según lo establecido legalmente para supuesto análogos.

En consecuencia, se plantea ahora si ha sido correcta la notificación realizada por el deudor hipotecante, mediante burofax, en un domicilio no pactado en la escritura y con persona que no consta que tenga poder de representación. La vía del burofax no siempre será la adecuada cuando falte la determinación legal de la forma de notificar que debe seguirse, sino que habrá que estar a la trascendencia de la notificación y a los criterios legales para casos semejantes. Así, hay muchos casos en que la trascendencia de la notificación o el requerimiento exigen la vía notarial o judicial (que deja constancia de la entrega, del contenido de la notificación y de la entidad del emitente; y posibilitan la oposición del receptor): resolución de venta con precio aplazado (artículo 1504 Cc), subrogación de préstamo hipotecario (artículo 2 Ley 2/1994), ejecución hipotecaria (artículo 686-2 LEC), aceptación de hipotecas unilaterales por el acreedor (artículo 141 LH). Si además tenemos en cuenta la exigencia general de titulación pública a efectos registrales (artículo 3 LH), la notificación para anticipar la cancelación del asiento a que se refiere este supuesto deberá realizarse mediante acta notarial. Por lo demás, la práctica mercantil (seguida en la notificación de subrogación ex artículo 2 Ley 2/1994), es que la notificación a entidad de crédito cuando no se ha establecido domicilio concreto, se verifique en la oficina donde el prestatario tenga abierta la cuenta operativa a efectos del respectivo préstamo o crédito, o en el domicilio fijado especialmente en la escritura; y mediante su entrega a cualquier apoderado con facultades para recibir notificaciones o para conceder o cancelar préstamos hipotecarios.

R. 30 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13609)

Deniega la cancelación parcial de una hipoteca constituida e inscrita inicialmente sobre varias fincas, en garantía de un solo préstamo, en el sentido de liberar una de ellas de su responsabilidad, sin consentimiento del acreedor, simplemente mediante un certificado librado por quien dice ser directora de determinada sucursal bancaria, pero sin acreditación de representación ni legitimación de firma, que declara percibida una suma mayor que la responsabilidad hipotecaria atribuida a dicha finca.

El recurrente basa la mayor parte de sus alegaciones en el carácter abusivo de la negación del derecho a cancelar. Pero, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, no cabe calificar como contrato celebrado con consumidor el préstamo concedido para la construcción de una vivienda y tres locales comerciales, cuando el prestatario sólo actúa como consumidor en cuanto a la vivienda.

Por otro lado, en cuanto a la cancelación unilateral, no es admisible en este supuesto, porque la hipoteca constituida es indivisible. Hay que practicar las siguientes distinciones de supuestos. Si la pluralidad de objetos hipotecados es originaria, la distribución de la responsabilidad hipotecaria es obligatoria (artículo 119 LH); pero si la pluralidad es sobrevenida, la distribución es voluntaria y requiere acuerdo entre acreedor y deudor, de modo que si no hay distribución, la hipoteca será solidaria (artículo 123 LH). Por otro lado, si hay un tercer poseedor de alguno de los bienes hipotecados, el acreedor sólo puede repetir contra cada finca por la cantidad a que esté afectada

(artículo 120 LH); mientras que si no hay tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, el acreedor podrá repetir solidariamente contra cualquier finca por la total cantidad asegurada (artículo 120 LH “a contrario”).

R. 30 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13610)

Suspende la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca otorgada por “Bankia SA”, habiendo sido concedido inicialmente el préstamo por “Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante”, cuyo negocio bancario -junto al de otras Cajas- fue segregado a favor de “Banco Financiero y de Ahorros SA”.

Ciertamente es doctrina consolidada de la Dirección la que admite la inscripción de una cancelación de hipoteca, a pesar de que la entidad otorgante no sea la titular actual de la hipoteca, sino la sucesora en virtud del procedimiento de reestructuración bancaria; y a pesar de que en la escritura no consten debidamente reseñadas todas las operaciones de fusión que desembocaron en la actual titularidad del préstamo hipotecario. En las operaciones de modificación estructural bancaria, la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo y el registrador de la propiedad tiene la posibilidad de comprobarla telemáticamente.

Sin embargo, esta doctrina general no es aplicable cuando la cesión de activos ha sido parcial. La transmisión de activos de “Banco Financiero y de Ahorros SA” a favor de “Bankia SA” no constituyó una sucesión universal propiamente dicha, sino que se excluyeron numerosos activos inmobiliarios y préstamos y créditos hipotecarios que se pormenorizaron en los extensísimos anexos de la escritura de transmisión. De hecho, los registros de la Propiedad se enfrentan a graves problemas de identificación a efectos registrales de tales operaciones, aun accediendo telemáticamente a tales listados. En consecuencia se confirma la calificación registral, que exige para la inscripción del título, la previa inscripción de las sucesivas transmisiones hasta la actual “Bankia”, con manifestación expresa de que el préstamo hipotecario objeto de cancelación no se encuentra en la lista de activos remanentes no transmitidos.

R. 4 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15581)

Admite la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca, supeditada a la condición suspensiva de vender la finca en un plazo máximo y por un precio determinado. En diligencia de unos días después se hacen constar los datos de la venta ya realizada, dándose por cumplida la condición resolutoria. En diligencia subsanatoria de casi un año después, al amparo del artículo 153 RN, se modifica el clausulado inicial de la cancelación, en el sentido de que, con el fin de facilitar el tráfico jurídico de la finca, se cancela directamente la hipoteca sólo en cuanto a determinada finca, a la que se libera totalmente de responsabilidad hipotecaria.

Ciertamente es doctrina consolidada que el mero consentimiento formal no es título suficiente para cancelar un asiento, de modo que es necesario expresar la causa que fundamente la cancelación. Pero también es doctrina que, cuando el titular de la hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, estamos ante una renuncia abdicativa de derechos, que tiene eficacia sustantiva por sí sola (artículo 6-2 Cc) para dar causa a la cancelación de la hipoteca.

Del conjunto de los datos del supuesto puede concluirse razonablemente que la voluntad del acreedor ha sido la de facilitar la transmisión de la finca renunciando al derecho de hipoteca, condicionando suspensivamente el consentimiento para la cancelación a que se obtengan fondos suficientes para pagar el crédito garantizado, sin que tenga trascendencia que la diferencia entre la cuantía de los fondos y la deuda pendiente derive de una quita o de un previo pago parcial. En definitiva, la voluntad del acreedor de extinguir la hipoteca es la causa que resulta del título, que justifica la cancelación registral de la hipoteca.

CONSUMIDORES

R. 31 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13614)

Admite la inscripción de un préstamo hipotecario que establece un tipo de interés de demora del 29% y una responsabilidad hipotecaria por demoras hasta el 17%. El prestamista es entidad financiera; prestataria es una sociedad mercantil que obtiene el préstamo para “la inversión en activos”; avalan la propia administradora y otra persona domiciliada en la sede social; los hipotecantes no deudores son los padres de la administradora, que -entre otras fincas- hipotecan su vivienda habitual.

Los dos hipotecantes por deuda ajena actúan con el carácter de consumidores. Pero en los contratos de fianza o garantía de un préstamo o crédito, las cláusulas de la operación principal forman parte del objeto mismo del contrato de garantía, por lo que no son susceptibles de control de abusividad (aunque sí del resto de los controles propios de la legislación sobre consumo, en cuanto a la comprensión por el garante-consumidor de los riesgos que asume). Por tanto, no son aplicables los límites jurisprudenciales sobre intereses moratorios. En conclusión, cuando no es aplicable la legislación especial de consumidores, la relación jurídica se enmarca en el ámbito del contrato por negociación, en donde la ponderación de los presupuestos del equilibrio prestacional se realiza conforme al artículo 1281 Cc, que atiende a la voluntad manifestada por las partes. Y en este ámbito contractual no es posible extrapolar los mecanismos de control de la abusividad propios de la contratación seriada con los consumidores.

EJECUCIÓN

R. 13 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11385)

R. 5 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12451)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse.



En la R. 5 octubre 2017 la Dirección hace constar que esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

R. 19 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 13003)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria, del que resulta: la adjudicación al ejecutante por el 70% del valor de tasación de la vivienda habitual tras quedar desierta la subasta; y la cesión del remate a favor de un tercero por una cantidad muy inferior.

El precio de la cesión del remate es concepto diferente del valor de adjudicación. El artículo 647 LEC no prohíbe la cesión del remate por precio diferente -superior o inferior- al de adjudicación, siempre que la adjudicación se realice por el importe del remate. El hecho de que el ejecutante transmita la finca por un precio inferior no perjudica al ejecutado, siempre que la deuda se considere pagada en el importe de la adjudicación, de modo que el perjuicio patrimonial por la "venta a pérdida" lo asuma el adjudicatario.

R. 1 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15578)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación como consecuencia de una ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse. Esta doctrina se ha visto confirmada por la S TC 79, de 8 abril 2013.

INMATRICULACIÓN

R. 22 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11849)

Deniega la inmatriculación de una finca que se describe como solar que cuenta con una casa cueva.

La Dirección recuerda su doctrina. En nuestro ordenamiento no hay inconveniente en configurar un régimen distinto para el suelo (con el vuelo) y el subsuelo. Registralmente habrá que delimitar el volumen al que se contrae el objeto de derecho, lo que podrá hacerse añadiendo las coordenadas georreferenciadas de los vértices de las cotas que determinen la situación exacta en el plano vertical. Además hará falta que tal dominio no esté contradicho por otro previamente inscrito. Ante la diversidad de posibles situaciones fácticas, caben varias figuras jurídicas: segregación del volumen subterráneo, propiedad horizontal sobre el conjunto, medianería horizontal, comunidad *sui generis*.

En el caso resuelto, no se ha efectuado la delimitación de la finca en el plano vertical y, en este sentido, la calificación pone de manifiesto que no es correcta la descripción de la finca al no expresar que la misma se ubica en parte bajo la superficie de otra finca colindante, lo que además exige la intervención del titular de ésta. Por otro lado, aunque la certificación catastral refleja la casa cueva

y es conforme con el título en cuanto a los datos alfanuméricos de la superficie, no permite la obtención de las coordenadas de la edificación, constando únicamente las coordenadas de la porción de finca ubicada en el exterior de la cueva. De igual modo, la superficie gráfica de la finca no incluye la correspondiente a la vivienda cueva.

R. 25 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 11998)

Admite la inscripción de una certificación expedida por el Secretario municipal, con el visto bueno del Alcalde, en virtud del artículo 206 LH, en la que se solicita la inmatriculación de una finca. Se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica, de la que resulta que la finca no está catastrada a nombre del transmitente o adquirente, y además la titularidad se encuentra en investigación (artículo 47 Ley 33/2003).

La exigencia de que la finca esté catastrada a nombre de transmitente o adquirente, se establecía sólo para la inmatriculación por título público (artículo 205 LH) en el artículo 298-1 RH, que hoy debe entenderse tácitamente derogado por la Ley 13/2015. La identidad exigida por el vigente artículo 206 entre el título y la certificación catastral, se refiere sólo a la descripción de la finca. Ciertamente la inclusión de la finca en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, pudiera determinar la existencia de dudas sobre la invasión del dominio público. Pero tales dudas no se han expuesto en la calificación, dándose además la circunstancia de que quien pretende la inmatriculación es precisamente la Administración.

R. 29 septiembre 2017 (BOE 256, 24-X-17: 12190)

Deniega la inmatriculación de una finca, pretendida conforme al artículo 205 LH, en virtud de escritura pública de donación acompañada, como título de adquisición del donante, de documento privado de permuta.

Tras la Ley 13/2015, la acreditación de la previa adquisición del transmitente, debe realizarse también mediante título público. Por otro lado, el registrador tiene dudas -que la Dirección considera fundadas- respecto de la coincidencia de la finca que se pretende inmatricular con otras previamente inmatriculadas. Ante la negativa del registrador a la inmatriculación, podría acudir al procedimiento judicial declarativo y al específico procedimiento notarial del artículo 203 LH, en cuya tramitación -que incluye la audiencia a los titulares de las fincas colindantes- podrían disiparse las dudas del registrador.

Tampoco hay coincidencia, que en las inmatriculaciones debe ser total, entre las descripciones del título y de la certificación catastral descriptiva y gráfica. En los supuestos de inconsistencia de la base gráfica del Catastro que impida la obtención de representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación por una cuestión técnica ajena al propio interesado, por lo que excepcionalmente podría admitirse una representación gráfica alternativa que completase la certificación catastral incompleta. Pero tal excepcionalidad no se acredita en este expediente.

R. 10 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12455)

Suspende la inmatriculación de dos elementos integrantes de una división horizontal, que se pretende mediante dos escrituras

con números de protocolo consecutivos: la de constitución de dicho régimen sobre inmueble de un cónyuge adquirido por herencia anterior (que también se aporta); junto con la de aportación de los dos departamentos a la sociedad conyugal.

Se desestiman varios defectos de la calificación. La identidad descriptiva entre los títulos aportados, que exige el artículo 205 LH, no tiene que ser plena, porque de hecho, se remite al juicio del registrador para su apreciación, resultando en este caso una diferencia de superficie, pero coincidiendo localización, linderos y referencias catastrales. La antigüedad de la edificación a los efectos del artículo 28-4 LS, cuya acreditación es exigible también para inmatricular edificaciones, resulta de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas. La identidad entre las descripciones del título y del Catastro, debe referirse a la ubicación, fijación de linderos y perímetro, pero no necesariamente a las edificaciones. En cuanto a las dudas registrales sobre que el patio incluido en la descripción pueda ser dominio público, lo procedente según el artículo 205 hubiese sido notificar a la Administración competente para que informe.

Pero la inscripción se deniega porque el vuelo de una de las fincas que se pretende inmatricular, se extiende sobre el de otra colindante. La Dirección recuerda las distintas vías jurídicas para configurar jurídicamente la situación de “engalaberno” (propiedad horizontal sobre el conjunto, medianería horizontal, comunidad “sui generis”); pero en todo caso es necesario el consentimiento expreso de los titulares afectados, o subsidiariamente sentencia judicial dictada contra todos ellos.

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14144)

Admite la inmatriculación de una finca en virtud de título público, aunque la titularidad catastral aparece “en investigación” en la certificación descriptiva y gráfica incorporada al título.

La derogatoria única de la Ley 13/2015 deroga cuantas normas se opongan a la misma, lo cual incluye todo el Título VI del RH y en particular, el artículo 298 el cual exige que, de la certificación catastral incorporada, resulte que la finca está catastrada a nombre de transmitente o adquirente. Ante las dudas del registrador sobre la posible invasión del dominio público, lo procedente hubiese sido notificar, dentro del procedimiento de calificación y antes de ésta, tal circunstancia al órgano administrativo competente (artículo 205 LH y normas administrativas especiales).

MEDIOS DE PAGO

R. 2 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12393)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa por precio determinado, de la cual se deduce con claridad que una cantidad concreta fue pagada en cumplimiento de un contrato de arras penitenciales, especificándose además las fechas e importes de cada uno de los pagos, cuyos justificantes documentales quedan incorporados. Específicamente se hace constar que la cantidad satisfecha en concepto de arras formaba parte del precio de venta.

En consecuencia, se desestima el defecto apreciado por el registrador, quien exige aclarar si las arras formaban o no parte del precio, así como la identificación del medio de pago respecto de las mismas.

OBRA NUEVA

R. 27 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 12004)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa en la que se pretende completar la descripción registral de la finca añadiendo que en ella existe una explotación económica destinada a camping, con la descripción de ésta y de las construcciones que la conforman.

La antigüedad de la edificación no está acreditada a los efectos del artículo 28-4 LS, por no coincidir la descripción del título con la de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Se desestima la alegación del recurrente de que la escritura sólo pretende definir la explotación económica que se desarrolla en la finca, pero no se pretende actualizar la descripción ni declarar una obra nueva. Lo cierto es que la mera presentación implica la solicitud de inscripción de todas las operaciones de que el título sea susceptible (artículo 425 RH), sin que se haya solicitado la inscripción parcial.

Los otros defectos se desestiman. La falta de coincidencia descriptiva entre el título y el Catastro en cuanto a superficie y linderos, podría justificar la denegación de la constancia de la referencia catastral de la finca (artículo 45 LCI), pero no es obstáculo a la inscripción (artículo 44-3 LCI). Por otro lado, el que la descripción del título se refiera a la explotación de “parcelas” no supone parcelación que exija licencia, a los efectos del artículo 26 LS.

R. 23 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13150)

Se refiere a una obra declarada e inscrita en 2010, en cuya inscripción consta por certificados técnico y catastral que la obra tenía una antigüedad superior a seis años en el momento de su declaración, en la cual se invocó la excepción prevista para el autopromotor y no se constituyó el seguro decenal. Ahora se admite, sin necesidad de acreditar la constitución de dicha garantía, la inscripción de una venta realizada en 2016 por el actual titular, quien adquirió la finca mediante ejecución judicial, aportando certificación catastral descriptiva y gráfica en la que consta una antigüedad de edificación desde 1980.

La Dirección recuerda su doctrina. El seguro decenal es obligatorio también para declarar e inscribir obras nuevas consolidadas por razón de su antigüedad (artículo 20-4 LS), siempre que la obra esté dentro del ámbito de aplicación temporal de la LOE (viviendas para las que se haya solicitado licencia a partir del 5 de mayo de 2000), pero no hayan pasado más de 10 años desde la recepción de la obra sin reservas (plazo de duración de la garantía exigida). En tal caso hay que acreditar la contratación del seguro por el tiempo que reste para cumplir los diez años, sin perjuicio de poder aplicar la excepción prevista para el autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio.

Resulta evidente que en el supuesto resuelto ya han transcurrido diez años desde la terminación de la obra, por lo que no es necesario acreditar la constitución de las garantías del artículo 19-1-c LOE, las cuales tienen precisamente una duración decenal. Por otro lado, según la Resolución-Circular 3 diciembre 2003, en los casos de ejecución forzosa, ordinaria o hipotecaria, quienes acuden voluntariamente a este tipo de procedimientos pueden tener un conocimiento exacto de la situación registral del inmueble y, en concreto, de si se



han contratado o no las garantías exigidas por la LOE; de modo que quien adquiere en ejecución forzosa sin seguro decenal está exonerando tácitamente al transmitente de su contratación.

R. 2 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13875)

Suspende la inscripción de una declaración de obra que incorpora certificación catastral de la que pueden obtenerse las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, de modo que el registrador puede obtener las mismas del servicio habilitado en la Sede Electrónica del Catastro. Pero el defecto consiste en que no hay coincidencia entre la superficie ocupada por la edificación en la descripción literaria del título (1.336,31 metros cuadrados) y la que resulta de las coordenadas catastrales aportadas (1.343,81 metros). Por tanto, resulta imposible determinar la ubicación gráfica concreta de la superficie edificada; y no pudiendo obtenerse de la sede de Catastro sus coordenadas, deberá aportarlas el interesado.

Se rechaza el otro defecto de la calificación. Ciertamente el certificado técnico y -por arrastre- el título describen el edificio como “nave industrial entre medianeras”. Pero no se trata de un supuesto en que el registrador haya de calificar la constitución de una medianería en sentido técnico. Con independencia de que la expresión haya sido utilizada de forma más o menos precisa, lo cierto es que el título cumple con las exigencias de los artículos 45 y 46 RD 1093/1997.

R. 29 noviembre 2017 (BOE 308, 20-XII-17: 15152)

Deniega la inscripción de un acta notarial en la que los titulares registrales de las cuatro viviendas de una división horizontal hacen constar la terminación de la obra nueva de tres de las cuatro viviendas del edificio (las dos de planta baja y una de las dos de primera planta).

Es preciso acreditar la constitución del seguro decenal, puesto que no concurren los requisitos, ni subjetivo ni objetivo, para admitir la exoneración del seguro. Subjetivamente, no se trata de un “autopromotor individual”, puesto que los titulares declaran la obra conjuntamente como una entidad única. Además, la asimilación de la llamada “comunidad valenciana” al autopromotor individual sólo procede cuando las circunstancias arquitectónicas lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad (Resolución-Circular DGRN 3 diciembre 2003). Objetivamente, no se trata de una vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por cuatro viviendas con elementos comunes a todas ellas.

Además concurren otros dos defectos. Primero, no se aporta el certificado de eficiencia energética de una de las viviendas terminadas, sin que eximan de tal aportación la alegación de haberse terminado la obra antes de la promulgación de las normas que imponen este requisito (es doctrina reiterada que las sucesivas redacciones legales en materia urbanística serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las obras se hayan ejecutado en un momento anterior) y la alegación de ser obra declarada por autopromotor (la R. 2 abril 2013 estableció que la eficiencia energética es un atributo exigible a toda edificación nueva con independencia del uso a que se destine la edificación). En segundo lugar, tratándose de una terminación de obra parcial, el acta debe acreditar también la terminación de los elementos comunes correspondientes a las viviendas cuya terminación se declara.

PLUSVALÍA MUNICIPAL

R. 27 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14737)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia, porque no se acredita el levantamiento del cierre registral relativo a la plusvalía municipal. A la escritura se acompaña copia del escrito remitido al servicio municipal de plusvalías, con sello de imposición de Correos. Sin embargo, el artículo 24-1 Ordenanza Fiscal de Madrid exige, siempre que resulte importe a ingresar, presentar la autoliquidación obligatoria con la validación bancaria del ingreso. Sólo cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o -como se pretende en este caso- no sujeta, el cierre se levanta presentando la declaración tributaria, pero eso sí, debidamente sellada por las oficinas municipales (artículos 26 y 33).

En relación al procedimiento registral, y en concreto al levantamiento del cierre por no acreditación de cuestiones fiscales, la legislación exige que el documento conste presentado ante la Administración Tributaria competente, y no en cualquier otra oficina pública; y ello con independencia de que, a efectos fiscales, el contribuyente pueda presentar la declaración en cualquiera de las oficinas referidas en el artículo 14-5 LPAC.

PODER

R. 11 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12752)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en la cual, la vendedora usufructuaria está representada por la vendedora nudo propietaria. En el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas, el notario no expresa que el apoderamiento salve el autocontrato o el conflicto de intereses.

No estamos ante un contrato oneroso con prestaciones recíprocas entre representante y representada, en el que por naturaleza habría intereses contrapuestos. Aunque en abstracto, la nuda propietaria pueda tener intereses distintos a los de la usufructuaria representada (el usufructo limita la propiedad), en el concreto supuesto calificado no hay conflicto de intereses, pues hay una perfecta compatibilidad en la satisfacción de los intereses de la nuda propietaria sin sacrificio de los de la usufructuaria, situándose ambas en el mismo plano económico.

R. 20 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13146)

Suspende la inscripción de una acta de ocupación y pago en procedimiento expropiatorio, porque algunos de los titulares intervienen mediante representante con poder para vender, eso sí, con facultades muy amplias.

Los poderes deben ser interpretados en un sentido estricto. La posible extralimitación de facultades debe determinarse atendiendo, no automáticamente a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante, en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes. No cabe entender que la facultad de vender comprende la de enajenar en procedimiento de expropiación forzosa, ya que la compraventa se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes y se regula por el Derecho privado, mientras que la expropiación se enmarca en el ámbito del poder coactivo de la Administración.

R. 27 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14735)

Deniega la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada sólo por uno de los dos hijos y herederos, quien interviene por sí y en nombre y representación de su hermano, adjudicándose todas las fincas inventariadas sin expresar nada sobre la satisfacción de los derechos hereditarios del representado. El poder comprende la facultad de autocontratar incluso con conflicto de intereses; pero esta circunstancia no consta en el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas. La Dirección recuerda su doctrina: la autocontratación, si hay conflicto de intereses, excluye automáticamente la representación y contradice directamente el juicio que afirme su existencia, por lo que a efectos de la calificación de la congruencia del juicio notarial, debe constar en éste la expresión de la autorización del representado.

Por no haberse suscitado esta cuestión en la calificación impugnada, la Dirección no entra en analizar si está o no correctamente expresada la causa del exceso de adjudicación a favor del apoderado.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 4 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12398)

Desestima el recurso contra la calificación que deniega la inscripción de una declaración de obra nueva por antigüedad.

El título fue en su día presentado y calificado negativamente, habiendo caducado el asiento de dicha presentación. La resolución actual corresponde a una nueva presentación, que da lugar también a calificación negativa, en este caso por haberse puesto de manifiesto que la edificación está en suelo clasificado como urbanizable de especial protección.

Ciertamente la calificación debe ser unitaria y global, pero esta exigencia no puede prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral, como es el de legalidad. Pero es que además, caducado un asiento de presentación anterior, el artículo 108 RH permite volver a presentar el título para ser objeto de nueva calificación, en la que el registrador puede mantener el anterior criterio o variarlo, sin estar vinculado por calificaciones anteriores, propias o no, derivadas de la presentación de la misma documentación.

R. 20 octubre 2017 (BOE 275, 13-XI-17: 13039)

Deniega la inscripción de una extinción de comunidad por la que uno de los comuneros se adjudica toda la finca abonando al otro en metálico un gran exceso de adjudicación. Debe acreditarse la presentación de la autoliquidación, declaración o comunicación relativa al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

El registrador, al calificar una operación, debe decidir si se halla o no sujeta al impuesto; esta valoración no será definitiva en el plano fiscal, sino que sólo será suficiente para acceder a la inscripción o denegarla. Pero no puede obligarse al registrador a que, bajo su responsabilidad, decida sobre una cuestión fiscal no clara de competencia municipal.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11373)

Consta inscrita una finca a nombre de dos titulares. En la inscripción de la adquisición de uno de ellos, que fue por donación, consta nota marginal según la cual la cuota donada no podrá ser transmitida en plazo de cinco años sin que el donatario acredite el previo pago del impuesto de donaciones -con sus intereses de demora- dejado de ingresar por aplicación de la bonificación fiscal del artículo 9 Ley 17/2005 de Castilla-La Mancha. Sin haber transcurrido el citado plazo, se pretende ahora inscribir una escritura de extinción de comunidad por la que la finca se adjudica íntegramente al otro condueño, quien por cierto no cumple con los requisitos de parentesco exigidos para dicha bonificación.

La Dirección admite la inscripción sin necesidad de acreditar la devolución del impuesto. Las restricciones dispositivas deben ser interpretadas restrictivamente. Civilmente, la dicción literal de la norma fiscal aplicable no establece una prohibición de disponer, sino una obligación de pago del impuesto dejado de ingresar junto con los intereses de demora. Por otro lado, la autoliquidación fiscal exigida como requisito de inscripción por el artículo 254 LH, será la correspondiente a la transmisión ahora efectuada. La obligación de pagar el impuesto de donaciones dejado de ingresar recae en el sujeto pasivo de dicho impuesto, pero es ajena al negocio posterior cuya inscripción se pretende.

PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 25 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 11999)

Admite, sin necesidad de autorización administrativa, la inscripción la inscripción de la agrupación de dos viviendas integrantes de una propiedad horizontal, en una sola finca cuya cuota de participación es la suma de las cuotas de las dos agrupadas. Los estatutos permiten las agrupaciones verticales u horizontales sin intervención de los restantes copropietarios.

El artículo 10-3-b LPH exige autorización administrativa para, entre otras operaciones, la división, agregación y segregación de elementos privativos, pero sólo cuando concurren los requisitos a que alude el actual artículo 26-6 LS 2015. Este precepto exime del requisito general de autorización administrativa para la modificación del complejo inmobiliario privado: cuando el número de elementos privativos sean los que resulten de la licencia de obras; y cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de elementos privativos. Todo ello, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias establecidas por las normas autonómicas.

En el supuesto resuelto, no se aumenta el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, ni hay norma autonómica expresa que exija licencia.

R. 26 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13718)

Suspende la inscripción de la segregación de una parte de un local que constituye elemento privativo de una propiedad horizontal, para crear otro elemento privativo nuevo, por falta de aportación de licencia administrativa.



El artículo 10-3-b LPH exige autorización administrativa para, entre otras operaciones, la división, agregación y segregación de elementos privativos, pero sólo cuando concurran los requisitos a que alude el actual artículo 26-6 LS 2015. Este precepto exige del requisito general de autorización administrativa para la modificación del complejo inmobiliario privado: cuando el número de elementos privativos sean los que resulten de la licencia de obras; y cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de elementos privativos. Todo ello, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias establecidas por las normas autonómicas.

En el supuesto resuelto, es precisa licencia administrativa que autorice la segregación del local, bien de forma específica, bien por resultar autorizada la obra para la segregación (interpretación apoyada en la propia excepción que ampara el artículo 26-6-a LS), debiendo acreditarse en otro caso, mediante certificación municipal, la procedencia de otro tipo de intervención administrativa, declaración responsable o comunicación previa, para el acto de segregación que se pretende inscribir.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 6 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13883)

Admite la inclusión del precio de unas compraventas en una certificación de historiales registrales de varias fincas, solicitada por quien, aun no habiendo sido parte en la venta, acredita: ser la heredera de uno de los socios de la mercantil que fue titular de las fincas; haber sido demandada por sus hermanos en el proceso de división de herencia de su padre, quien era socio de la mercantil promotora y vendedora de las fincas.

Es doctrina consolidada que el interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo, conocido, legítimo y patrimonial. Debe probarse a satisfacción del registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que según Instrucción DGRN 17 febrero 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos. Así, es el registrador quien debe calificar, no sólo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

En cuanto a la posibilidad de incluir el precio de un inmueble en la publicidad registral, la Dirección lo admite en estos casos: cuando todas las partes de la operación hayan sido personas jurídicas o empresarios (a quienes no se les aplica la normativa sobre protección de datos); cuando a juicio del registrador dicho dato esté incluido en la publicidad de carácter “tráfico jurídico inmobiliario”; cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación establecido en norma con rango de ley; o cuando la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, conforme a las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación de su valor.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

R. 11 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11380)

Consta inscrita con carácter ganancial una vivienda comprada sólo por la esposa. Ahora se pretende la inscripción de una escritura otorgada sólo por ella, hoy divorciada, y notificada al ex esposo, en la cual alega que éste es británico y que fijaron en Bristol su residencia tras contraer matrimonio, de modo que solicita la inscripción como privativa de la adquirente.

La Dirección lo deniega. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales. Ciertamente constituyen excepción al procedimiento subsanatorio general del artículo 40 LH (que exige consentimiento del titular o resolución judicial), los supuestos en que la rectificación se refiera a hechos susceptibles de ser probados de modo absoluto mediante documentos fehacientes y auténticos, independientes de la voluntad de los interesados. Sin embargo, en el supuesto resuelto no se ha probado documentalmente en forma fehaciente la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, ni el régimen aplicable al tiempo de la adquisición del bien.

R. 12 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11381)

En el título consta que el DNI del adquirente es 84...N. En el Registro, dado que la letra asignada al número era incorrecta, el sistema informático la cambia, de modo que se inscribe 84...F. Ahora se presenta un acta de manifestaciones otorgada sólo por el adquirente, a la que se incorpora testimonio de su DNI para acreditar que en el título y la inscripción se omitió el guarismo 2 inicial a su número de DNI, siendo el resto de guarismos y la letra coincidentes. La Dirección admite la subsanación: del documento de identidad testimoniado se desprenden los datos necesarios para salvar la discrepancia, pues a la vista del DNI basta realizar el cálculo del dígito de control para comprobar que se produjo un error en el título previo y en el asiento registral; y que no cabe duda alguna sobre la identificación del comprador.

R. 13 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11386)

En su día, se inscribió un laudo arbitral como consecuencia de lo cual se canceló también una determinada inscripción en el Registro Mercantil. Ahora el recurrente alega que el registrador padeció error de concepto al practicar aquella cancelación y solicita la rectificación del Registro.

La Dirección recuerda su doctrina. El error material o de concepto en la redacción del asiento se produce cuando, al expresar en la inscripción el contenido del título, se altera el significado de éste. Existen dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: o bien acuerdo unánime de los interesados y el registrador, o en su defecto resolución judicial; o bien actuación de oficio por el registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer (artículos 217 LH y 327 RH).

En el caso resuelto, se deniega la rectificación pretendida: el contenido del Registro se presume exacto y válido, y sus asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 20-1 Ccom); no concurre el acuerdo del registrador, quien considera correctamente realizada la cancelación; el error no se deduce del contenido del Re-

gistro, ni se ha aportado documentación fehaciente independiente de la voluntad de los interesados, sin que a estos efectos valga el mismo título que provocó en su día la cancelación que se pretende rectificar.

R. 21 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11845)

Deniega la conversión en inscripción definitiva, de una anotación preventiva que hace constar una resolución de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques.

La Dirección se considera competente para resolver el recurso, ya que la materia discutida no es de Derecho catalán exclusivamente, sino de Derecho registral (rectificación del Registro).

En la escritura se reseñó que el otorgante se adjudica una participación en pleno dominio como fideicomisario en el fideicomiso impuesto por el testador. En el acta de inscripción de la referida anotación, se hace constar que la misma se toma respecto de la citada resolución, que ordena la inscripción de la referida participación por título de adjudicación en sustitución fideicomisaria. Sin embargo, la registradora deniega la inscripción por entender que en la escritura no queda suficientemente claro el título de adquisición y que es conveniente aclarar que es a título de legado. El acta de inscripción de la anotación es conforme con la escritura, de modo que la inexactitud registral no deriva de un error en el asiento, sino en su caso, de un defecto en la escritura.

R. 21 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11846)

Deniega la conversión en inscripción definitiva, de una anotación preventiva que hace constar una resolución de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques.

La Dirección se considera competente para resolver el recurso, ya que la materia discutida no es de Derecho catalán exclusivamente, sino de Derecho registral (rectificación del Registro).

Al haberse impugnado judicialmente la resolución de la DGDEJ, y no habiendo devenido firme, no cabe la conversión de la anotación en inscripción definitiva, sino que deberá esperarse a las results del procedimiento judicial.

R. 2 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12395)

Desestima la pretensión de rectificar un asiento practicado en su día, que refleja la transmisión de un bien por un organismo autónomo estatal a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el sentido de hacer constar que la propiedad conste a favor del Estado.

No se trata de un supuesto en que quepa la rectificación de oficio por el registrador. Para la rectificación pretendida hará falta consentimiento de la Administración titular o, en su defecto, resolución judicial firme.

R. 16 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12759)

Deniega la rectificación de la constancia de una servidumbre en el folio del predio dominante, como consecuencia de un presunto error cometido en el título inscrito.

La inscripción de las servidumbres debe hacerse en los folios de las fincas sirvientes y con el consentimiento de sus titulares, pudien-

do hacerse constar también en el folio de la finca dominante, pero como referencia a los folios de las sirvientes (artículo 13 LH). Consecuentemente, la rectificación pretendida debe hacerse en los folios de las fincas sirvientes; y con el consentimiento de sus titulares o, en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH).

R. 16 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12760)

Mediante escritura de 1989 el titular registral segregó y vendió una porción de finca. En escritura otorgada un mes después se rectificó la anterior, en el sentido de no tener por hecha la segregación y entender vendida toda la finca al mismo comprador. Ahora se presenta la inscripción de la segunda escritura, lo cual se deniega, en primer lugar, por falta de tracto: la finca matriz, con la cabida resultante tras la segregación, consta inscrita bajo otra titularidad, como zona común vinculada a favor de los actuales y futuros titulares de ciertas viviendas.

Por otro lado, en la rectificación cuya inscripción se pretende, la entidad compradora actuó mediante representante y el notario (antes de la Ley 24/2001) se limitó a afirmar que debía acompañarse el poder a la escritura. Debe aportarse el poder al Registro para su calificación.

R. 27 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13723)

Deniega la anulación de una inscripción de usufructo vitalicio, que se pretende en virtud de instancia privada a la que se acompaña una resolución de la Hacienda autonómica que excluye al usufructuario como sujeto pasivo del impuestos de sucesiones, tras reconocer que se padeció un error al gravarlo. Es doctrina consolidada que los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y que su rectificación exige consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial recaída en procedimiento seguido contra todos aquellos a quienes el asiento reconozca algún derecho (artículo 40-d LH).

RECURSO CONTRA CALIFICACIÓN

R. 26 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 12001)

Inadmite un recurso interpuesto una vez transcurrido más de un mes desde la notificación por telefax de la calificación (artículo 322 LH), estando expresamente autorizado dicho procedimiento de telefax por el presentante del documento.

La presentación del recurso en la Subdelegación del Gobierno es válida (artículo 327-3 LH), pero se ha presentado extemporáneamente.

R. 17 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 12996)

En 2017 se ha practicado anotación preventiva de embargo en virtud de auto judicial dictado en 2013, en el que se acordó disponer orden general de ejecución y despachar la misma sobre la finca en cuestión. Ahora el recurrente alega, frente a la actuación del registrador, que el título ejecutivo estaba prescrito desde un mes antes de citado auto, que fue cuando la Audiencia Provincial acordó la prescripción de la pena del recurrente, eximiéndole de responsabilidad criminal.



La Dirección desestima el recurso, porque éste sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 25 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13608)

Practicada una inscripción de nombramiento de consejero en la hoja de una sociedad, un grupo de socios presentan en el Registro recurso extraordinario de revisión (ex artículo 125 Ley 39/2015 PAC-AAPP), solicitando la nulidad de la inscripción y su cancelación registral.

El recurso extraordinario de revisión no es aplicable al procedimiento registral, porque la adicional primera de dicha norma remite a su regulación especial a los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia. Por otro lado, es doctrina constante que el recuso previsto en la legislación hipotecaria sólo procede contra calificaciones negativas; pero no es medio hábil para cuestionar un asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

R. 8 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11375)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio que adjudica un bien que fue adquirido por los futuros cónyuges por mitades indivisas antes del matrimonio. No consta que se trate de la vivienda habitual del matrimonio, ni que la adquisición fuera financiada con un crédito hipotecario pagado durante el matrimonio.

El principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), que la Dirección interpreta como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible. La efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública. Es doctrina reiterada la que exige escritura pública -y no acepta el convenio regulador, aun aprobado judicialmente-, para inscribir la adjudicación en liquidación de gananciales de bienes que pertenecen privativamente por mitad a ambos cónyuges, siempre que la transmisión de tales bienes no tiene como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio (R. 22 marzo 2010).

R. 20 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11844)

Admite la inscripción de un auto por el que se adjudica a la esposa la mitad indivisa de un bien perteneciente al esposo, en pago de la pensión alimenticia incumplida, que fue establecida en el convenio regulador del divorcio de ambos.

La registradora entiende que el título instrumentaliza una transmisión si expresar adecuadamente su causa. Sin embargo, a la vista del auto que testimonia parcialmente la sentencia de divorcio aprobatoria del convenio regulador, la causa de la transmisión es el pago de la deuda existente, verdadera y lícita resultante del impago de las responsabilidades establecidas en la sentencia de divorcio.

R. 16 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12758)

Deniega la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales. Consta en el Registro Civil la inscripción del divorcio de los excónyuges otorgantes, así como la existencia de convenio regulador aprobado judicialmente. No obstante, es doctrina de la Dirección que, pese a la existencia del convenio, cabe la liquidación del régimen económico en escritura pública, por tratarse de contenido posible, pero no obligatorio, del convenio regulador según el artículo 90 Cc.

Sin embargo, en este supuesto es necesario aportar el convenio regulador como requisito de inscripción, porque existe la posibilidad de atribución del uso de la vivienda habitual a una menor de edad, quedando dentro de la función calificadoras comprobar si tal atribución ha tenido lugar en la forma acordada por los padres.

SOCIEDADES MERCANTILES

Adaptación de estatutos

R. 13 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11387)

Constituida e inscrita una sociedad limitada en 1991, vendió una vivienda en 1994 a través de uno de sus administradores solidarios (nombrado por plazo de 5 años). Ahora se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, una subsanación de la venta otorgada en 2008 por los mismos comparecientes y en el mismo concepto. El registrador de la propiedad, como legitimado para acceder a otros Registros cuyo contenido pueda afectar a la legalidad del negocio cuya inscripción se pretende, ha comprobado en el Registro Mercantil que la sociedad no se adaptó a la Ley 23 marzo 1995.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. La transitoria segunda de la citada Ley establece que el efecto de la falta de adaptación en el plazo legal de 3 años, es sólo el cierre del Registro Mercantil. No obstante, una nueva calificación podría apreciar la caducidad del cargo de administrador, ya que la exigencia formal de integridad de la calificación, no puede prevalecer sobre el principio de legalidad.

Administradores

R. 16 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12757)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos sociales de una anónima, por dos defectos. En primer lugar, por existir contradicción entre la disposición estatutaria que fija el número de miembros del consejo de administración entre 5 y 15, y la que determina que los acuerdos sobre ciertas materias deben ser adoptados por, al menos, 8 consejeros, lo cual hace imposible adoptar tales acuerdos cuando el número de consejeros no exceda de 9. El recurrente alega que, sobre la base del principio de autonomía de voluntad, lo pretendido es que tales materias no puedan ser decididas por el consejo si no existe el concreto quorum reforzado exigido. Pero la Dirección desestima tal alegación, porque comporta una limitación a las facultades representativas del órgano de administración, contraria al artículo 234 LSC.

En segundo lugar y como cuestión específica por tratarse de una sociedad anónima, se rechaza la inscripción de la disposición statu-

taria que exige, para adoptar ciertos acuerdos en junta, el voto favorable del 60% del capital, pero sin precisar si este quorum y mayoría se refieren a la primera o a la segunda convocatoria, de modo que no se cumple con la exigencia del artículo 193-3 LSC, el cual impone que el quorum de la segunda convocatoria sea necesariamente inferior al exigido para la primera.

R. 22 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14729)

Admite la inscripción, no sólo de la compra de un activo esencial realizada por el administrador único de una limitada en ejecución de la autorización para la compra concedida unánimemente por la junta, según certificación que se incorpora, sino también -que es lo debatido- de la hipoteca que la sociedad constituye para la financiación de la compra en el número de protocolo siguiente, a pesar de que no consta la autorización de la junta para la hipoteca de ese activo esencial.

La Dirección recuerda su doctrina que admite la inscripción de transmisiones en las que intervienen sociedades mercantiles, sin necesidad de manifestación expresa de sus representantes sobre el carácter no esencial del activo transmitido o adquirido, a los efectos del artículo 160-f LSC. Ciertamente en el supuesto de este artículo el administrador carece de poder de representación, por lo cual no resulta de aplicación el principio de inoponibilidad a terceros de las limitaciones voluntarias impuestas a dicho poder. Cuestión distinta es la posible analogía entre el supuesto del artículo 160-f y los actos del administrador con extralimitación del objeto social inscrito, frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave (artículo 234-2 LSC y Directivas Comunitarias). Por otro lado, el carácter esencial de un activo escapa a la apreciación de notario y registrador, salvo casos notorios y aparte el juego de la presunción legal de exceder el importe de la operación del 25% del activo social. Cabe concluir por tanto que, aun reconociendo que la transmisión de activos esenciales excede de las competencias del administrador, mediante certificación de éste o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad; pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (artículo 160-f); y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad social del administrador o apoderado.

Ahora bien, en el caso resuelto sí que hay autorización de la junta, pero el problema radica en que sólo la hay para la compra y no para la hipoteca. No obstante, debe aplicarse la doctrina de los negocios complejos de naturaleza unitaria cuyos elementos están íntimamente ligados, de suerte que la causa compleja que sirve de base absorbe las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, como en este caso, es la compraventa autorizada por la junta. La constitución de hipoteca sobre un inmueble en el acto de la compra para financiar su adquisición no supone económicamente la disposición de un activo patrimonial, sino su adquisición con detracción de la deuda hipotecaria.

R. 1 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15579)

Una vez presentada al Registro Mercantil acta notarial de junta en la que se destituye al administrador único, éste otorga una escri-

tura pública de venta de un bien social a un tercero. Al día siguiente se inscribe el cese, que se publica en el BORME nueve días después. Todo esto ocurrió en 2013. Ahora se presenta la escritura de venta al Registro de la Propiedad y la Dirección admite su inscripción.

Sin perjuicio de la presunción de validez y exactitud de la inscripción del cese de administrador, los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil sólo son oponibles a terceros de buena fe hasta su publicación en el BORME, presumiéndose la buena fe del tercero mientras no conste lo contrario (artículos 21 Ccom y 9 RRM).

Capital

R. 12 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11383)

Deniega la inscripción de una escritura de ampliación de capital social por compensación de créditos de los socios contra la sociedad, porque uno de los socios acreedores no asiste a la junta convocada.

La aportación por compensación de créditos contra la sociedad participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias. Es un contrato entre el socio aportante y la sociedad, que sustrae el crédito a la disponibilidad del primero. Se realiza, como toda aportación social, a título de propiedad (artículo 60 LSC). Por todo ello, es inexcusable el consentimiento del titular del derecho aportado.

R. 21 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11847)

Deniega la inscripción, en el folio de una sociedad anónima obligada a verificación contable (artículo 263 LSC), del nombramiento de auditor acordado por la junta, porque dicho acuerdo se ha adoptado una vez cerrado el ejercicio social a auditar (artículo 264-1 LSC). Las sociedades mercantiles, en cuanto a sus obligaciones de formulación de cuentas, auditoría y depósito registral, están sujetas a la legislación mercantil, sin que haya distinción por el hecho de que sus socios sean privados o -como ocurre en el supuesto- públicos. El nombramiento de auditor corresponde al Registro Mercantil (265).

R. 4 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12399)

Deniega la inscripción de un acta que justifica el desembolso de dividendos pasivos de una sociedad anónima, otorgada por el órgano de administración de la sociedad limitada que, como socia, realiza el desembolso.

El desembolso de dividendos pasivos debe constar en escritura pública otorgada por el órgano de administración de la sociedad cuyo capital se desembolsa, a quien corresponde dar nueva redacción al artículo de los estatutos relativo al capital, sin que sea suficiente la manifestación del socio que efectúa el desembolso (artículos 62 y 313 LSC).

R. 27 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13722)

Admite la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de una sociedad limitada con aportación no dineraria. El inventario incorporado a la escritura contiene una descripción de los bienes aportados, algunos por unidades y otros por lotes, con expresión de su valor individual y por cada lote, así como de las participaciones asignadas por cada bien o lote aportado. El registrador exige una descripción pormenorizada de todos los bienes inscribi-



bles, así como la especificación de las participaciones entregadas a cambio de la aportación de cada uno.

Ciertamente en las limitadas, la identificación de las participaciones adjudicadas en contraprestación de una aportación no dineraria se debe realizar por cada uno de los bienes aportados y no en globo por el conjunto de ellos. Sólo constituyen excepciones al principio de identificación individual de los bienes objeto de aportación dineraria: la aportación de empresa o establecimiento mercantil o industrial que es contemplada como una unidad (artículos 66 LSC y 190-1 RRM); y la aportación alzada o en globo de la totalidad de ciertos bienes, donde se responde de la legitimidad del todo, pero no del saneamiento de cada una de las partes, salvo evicción del todo o de la mayor parte (artículo 1532 Cc).

En el título calificado, algunos de los bienes aportados son registrables (compresores, pistolas neumáticas, ordenadores, elevadores...). Sin embargo, hay que tener en cuenta que, cuando se trata de constituir un gravamen sobre bienes como objeto independiente y directo, las normas exigen una descripción rigurosa (artículo 43 Ley hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), lo cual se fundamenta en la necesidad de garantizar la reipersecutoriedad. Pero esto no es necesario respecto de los bienes objeto de aportación social. Por ello, los bienes cuya descripción pormenorizada exige la registradora, con expresión de las participaciones asignadas individualmente por cada uno, han sido descritos somera pero suficientemente, con indicación de su modelo, sin que sea necesario especificar datos de inscripción, toda vez que el fundador ha manifestado que no han sido inscritos. También es suficiente la especificación de las participaciones atribuidas al aportante por cada lote de bienes según se indica en el inventario, pues se trata de aportaciones de conjuntos de bienes de la misma clase o género, que son considerados en globo y no en su estricta individualidad.

R. 13 noviembre 2017 (BOE 292, 1-XII-17: 14078)

Admite la inscripción de una escritura de reducción de capital de una sociedad limitada, cuyo balance refleja una cifra negativa de fondos propios, en la que, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio neto de la sociedad disminuido por pérdidas, se reduce a cero el capital (de 46.375 €) y se amplía simultáneamente (hasta 150.000 €) con prima de emisión. La registradora exige la constancia de que la prima se ha destinado a enjugar pérdidas, ya que el artículo 322 LSC impide reducir el capital mientras existan “cualquier clase de reservas”, que la Dirección interpreta en sentido amplio, como cualquier partida distinta del capital que represente recursos propios, abarcando por ende, la prima de emisión.

Lo cierto es que en este caso, atendiendo al balance incorporado, al informe del administrador y al acuerdo de la junta, resulta que el importe de la prima de emisión se ha restado del saldo de las pérdidas acumuladas (a diferencia de lo que ocurriría en el supuesto de la R. 31 agosto 1993 -sobre la que se basa la calificación-, en la que existía una prima de emisión más que suficiente para enjugar las pérdidas, sin tener que reducir el capital).

CÓDIGO LEI

R. 30 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13611)

R. 30 octubre 2017 declara admisible la asignación de código LEI de una sociedad cuya hoja registral está cerrada por falta de depósito de cuentas.

El código LEI es un identificador único de personas jurídicas que operan en transacciones financieras internacionales (“Legal Entity Identifier”). Es creado por el Derecho Comunitario; y en España, la competencia para su emisión y gestión ha sido asignada al Registro Mercantil (adicional segunda del RD-Ley 14 /2013); si bien no implica una función de calificación del artículo 18 Ccom, sino que corresponde a las previstas por el artículo 16 bajo el epígrafe “otras funciones del Registro Mercantil”, como por ejemplo, el nombramiento de expertos independientes.

La asignación del código LEI se enmarca en la política de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; y en consecuencia, éste es el interés protegible y no el fiscal, derivado de la falta de depósito de cuentas.

No obstante, la asignación solicitada en este caso concreto se deniega por existir discordancia entre el domicilio social que figura en la solicitud y el que figura en el Registro, de la misma forma que también la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil sería una obstáculo para conceder el identificador.

DENOMINACIÓN

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11374)

Deniega la reserva de la denominación “Iuris9 Advocats, SLP”, por considerarla sustancialmente idéntica con las ya registradas, “Juris 4 Abogados” y “Iuris 5 Abogados”.

La Dirección recuerda su doctrina. En el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúen la impresión de tratarse de la misma denominación (“cuasi-identidad”). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

Entre la denominación solicitada y las ya reservadas existe identidad sustancial. En el foro hay identidad fonética entre “Juris9” y “Iuris”. El término catalán “advocats” es idéntico en su significado y consideración social al castellano “abogados” (artículo 10-2 OMJ 30 diciembre 1991 sobre el RMCentral). Los números cardinales carecen por sí solos de virtualidad diferenciadora (web del RMCentral, en relación al artículo 10-3 de la citada Orden).

También se desestiman las otras dos alegaciones del recurrente. Si bien tiene inscrita a su nombre la marca “Iuris9” en el Registro de Marcas, lo cierto es que esto no otorga derecho a obtener para sí la denominación social coincidente, prescindiendo de las normas de Derecho societario (R. 11 noviembre 2015). En segundo lugar, tampoco puede aceptarse que el cambio de la

denominación anterior ("Iuris9 Advocats i Economistes") a la ahora debatida, venga impuesto por la LSP al haber abandonado la sociedad los socios profesionales economistas. Siendo cierto que es obligada la modificación de la denominación (artículos 1, 2, 3 y 6 LSP), ello no implica que la nueva denominación solicitada haya de ser necesariamente concedida con preterición de las normas establecidas.

R. 18 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11727)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada, que incluye en su denominación social el término "arquitectos". La sociedad no se constituye como profesional, sino que entre otras actividades, tiene por objeto "la intermediación en servicios técnicos de arquitectura".

La inclusión de la palabra cuestionada es contraria al principio de veracidad de la denominación social; y en concreto, infringe dos prohibiciones: la de incluir en la denominación términos que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad, clase o naturaleza de la sociedad (artículo 406 RRM); y la de denominaciones objetivas que hagan referencia a una actividad no incluida en el objeto social (artículo 402 RRM).

R. 27 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14738)

Revoca la calificación de Registro Mercantil Central que deniega una reserva de denominación, estimando que no hay identidad sustancial entre la denominación solicitada y otra previamente registrada.

Es doctrina consolidada que, en el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúen la impresión de tratarse de la misma denominación ("cuasi-identidad"). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

Ahora bien, en el supuesto resuelto no hay identidad sustancial entre la denominación inscrita, "Gestión de Líneas SL", con la que ahora se solicita, "Tu Gestoría en Línea SL". Gramaticalmente, ambas denominaciones son perfectamente distinguibles y además, la denominación solicitada hace referencia a la forma de la prestación, mientras que la registrada se refiere a su objeto. Fonéticamente tampoco existe identidad, ni similitud que produzca error o confusión.

DEPÓSITO DE CUENTAS

R. 14 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11390)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe del auditor de cuentas, toda vez que a instancia de socio o socios minoritarios, se ha nombrado un auditor cuyo nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil (artículo 265-2 LSC).

R. 11 octubre 2017 (BOE 269, 6-XI-17: 12754)

Deniega la inscripción de una escritura de cese de administradora y nombramiento de nuevo administrador, porque la

sociedad ha causado baja provisional en el Índice de la Agencia Tributaria. Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales) ni el nuevo nombramiento de los mismos.

R. 23 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13151)

El registrador mercantil rechazó el depósito de cuentas de una sociedad, que interpuso recurso contra la calificación negativa, si bien el recurso causó entrada en el Registro una vez caducado el asiento de presentación (cuyo plazo es de 5 meses, según el artículo 43 RRM). Ahora se deniega la prórroga del asiento de presentación, con la que se pretende que no caduque el asiento mientras se tramita el procedimiento, de modo que si la resolución es estimatoria, se mantenga la prioridad ganada. Para poder prorrogarlo, es ineludible que el asiento esté vigente.

R. 26 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13719)

Rechaza la inscripción del acuerdo de designación de auditor de cuentas de una sociedad anónima obligada a verificación contable (artículo 263 LSC), cuando dicho acuerdo ha sido adoptado el 30 de junio de 2017 y el mismo se refiere a los ejercicios 2016, 2017 y 2018. El auditor debe ser nombrado por la junta antes de que termine el ejercicio a auditar (artículo 264-1); una vez finalizado éste, la competencia para el nombramiento de auditores corresponde exclusivamente al registrador mercantil del domicilio social (artículo 350-a RRM). Nada cambia el hecho de que el único accionista de la sociedad sea la Administración autonómica. Las sociedades mercantiles, en cuanto a formulación, depósito y auditoría de cuentas, están sujetas a la legislación mercantil, independientemente de que sus socios sean públicos o privados.

R. 2 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13876)

Deniega el depósito de cuentas de una limitada correspondientes al ejercicio 2016 y presentadas telemáticamente en el modelo normalizado aprobado por Orden JUS/471/2017, porque no constan completadas las casillas correspondientes a cuenta de pérdidas y ganancias, y a aplicación del resultado.

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14147)

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14148)

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14149)

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14150)

R. 7 noviembre 2017 (BOE 293, 2-XII-17: 14151)

Admiten el depósito de cuentas de una sociedad, presentadas en formato normalizado y abreviado, a pesar de no aparecer cumplimentado en la hoja IDA2 el apartado "información sobre el período medio de pago a proveedores durante el ejercicio", ya que en la hoja anterior IDA 1 (sobre datos generales de identificación e información complementaria) se ha hecho constar que la sociedad está inactiva. Esta obligación de informar sobre el período medio de pago a proveedores, impuesta por la adicional tercera de la Ley 15/2010,



presupone que hayan existido proveedores y pago de bienes o servicios, de modo que cuando no hayan existido unos y otros, no puede existir tal obligación.

R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14206)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14207)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14208)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14209)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14210)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14211)
R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14212)

Deniegan el depósito de cuentas de una sociedad, presentadas en formato normalizado y abreviado, por no aparecer cumplimentado en la hoja IDA2 el apartado “información sobre el período medio de pago a proveedores durante el ejercicio”. Ni en el resto del modelo ni en la memoria se ha expresado motivo alguno que le exima del cumplimiento de esta obligación legal. Bien al contrario, del conjunto de la documentación presentada resulta que la sociedad ha estado activa durante el ejercicio, realizando operaciones que dan lugar a los saldos que resultan de sus cuentas de pérdidas y ganancias.

R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15773)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15774)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15775)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15776)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15777)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15778)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15779)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15780)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15781)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15782)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15783)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15784)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15785)
R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15787)

También deniegan el depósito de cuentas de una sociedad, presentadas en formato normalizado y abreviado, por no aparecer cumplimentado en la hoja IDA2 el apartado “información sobre el período medio de pago a proveedores durante el ejercicio”, o la expresión en la hoja correspondiente del motivo que exima del cumplimiento de la obligación legal.

Ahora bien, por otro lado revocan la calificación en cuanto exige acompañar a las cuentas abreviadas de las sociedades afectadas el estado de cambios en el patrimonio neto. El estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios cuando así lo establezca una disposición legal (artículo 34 Ccom), y así lo estableció el RD 602/2016 que modificó el Plan General de Contabilidad. La R. 7 diciembre 2017 (BOE 316, 29-XII-17: 15786) aplica este mismo criterio y admite el depósito solicitado.

R. 29 noviembre 2017 (BOE 308, 20-XII-17: 15154)

Rechaza el depósito de cuentas anuales por falta de informe del auditor de cuentas, toda vez que a instancia de socio o socios minoritarios, se ha nombrado un auditor cuyo nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil (artículo 265-2 LSC).

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

R. 6 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13882)

Admite la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de sociedad limitada, en la que el liquidador expresa que no hay deudas pendientes salvo con los socios, en proporción a sus respectivas participaciones; y se hace constar que no existe activo repartible alguno, por lo que no hay reparto de dinero a los socios, adjudicándose éstos la deuda existente en proporción a sus participaciones, de modo que se extingue por confusión.

No es preciso condonar expresamente la deuda que consta en el balance. La “adjudicación” de la deuda a los socios en proporción a sus participaciones puede entenderse como renuncia a su exigibilidad, o incluso como imposibilidad de su cobro por falta de activo, lo cual no comporta ánimo de liberalidad. Las normas de la LSC y del RRM que exigen el pago de las deudas sociales como paso previo a la liquidación, presuponen necesariamente la existencia de bienes con los que se pueda pagar la cuota de liquidación a los socios, previa satisfacción de los acreedores.

R. 29 noviembre 2016 (BOE 308, 20-XII-17: 15151)

Admite la inscripción de una escritura por la cual una sociedad anónima en liquidación, representada por su liquidadora única, vende un inmueble respecto del cual se hace constar que, si bien su valor excede del 25% del valor de los activos sociales, su venta no precisa autorización de la junta, a los efectos del artículo 160 LSC, porque en fase de liquidación carecen ya por definición de la condición de activos esenciales para la continuidad de la actividad.

La Dirección recuerda su doctrina. La transmisión de activos esenciales excede de las competencias del administrador (la S TS 17 abril 2008 establece que los consejeros delegados carecen de poder para transmitir todo el activo de la compañía). Pero aun reconociendo esto, mediante certificación del órgano de administración o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad; pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (artículo 160-f).

El sometimiento a la competencia de la junta de los actos de disposición de activos esenciales es una cautela que carece de justificación en caso de enajenaciones que no son sino actos de realización del nuevo objeto social liquidatorio. Es la norma legal la que, con la apertura de la liquidación, no sólo faculta sino que impone al órgano de administración la enajenación de los bienes para pagar a los acreedores y repartir el activo social entre los socios (artículo 387 LSC).

JUNTA DE SOCIOS

R. 20 septiembre 2017 (BOE 249: 16-X-17: 11843)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una sociedad limitada, por la que se establece que, para que la junta pueda adoptar válidamente acuerdos sobre determinados asuntos, será necesario que se encuentren presentes o representados socios titulares

de, al menos, el 75% del capital, así como el voto favorable de, como mínimo, el 75% de los asistentes.

Ciertamente, como dice el registrador, para algunos de estos asuntos la LSC exige imperativamente el voto favorable de, al menos, dos tercios del capital social; y la aplicación de la regla estatutaria referida podría conducir a una reducción de esta mayoría. Sin embargo, hay otras varias menciones estatutarias que dejan a salvo la aplicación de las normas imperativas de la LSC sobre mayorías.

R. 24 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13604)

Deniega la inscripción de acuerdos adoptados en una junta de sociedad anónima adoptados en primera convocatoria por todos los socios presentes, que representan el 95% del capital social, por los que la sociedad se transforma en limitada. Los estatutos exigen para la transformación social, un quorum de asistencia del 100% en primera convocatoria.

La jurisprudencia atribuye a los estatutos sociales imperatividad y carácter normativo. Y aunque en las decisiones de los socios rige plenamente el principio mayoritario, en el supuesto resuelto no se exige la unanimidad para adoptar el acuerdo, sino sólo la asistencia de todos los socios en primera convocatoria, lo cual no contradice el principio mayoritario, ni introduce un derecho de veto para que cada socio pueda obstruir el funcionamiento de la junta, la cual podría tomar la decisión sin ese quorum reforzado en segunda convocatoria, sino que sólo pretende conseguir la mayor participación e implicación de todos los socios en el debate.

R. 20 noviembre 2017 (BOE 302, 13-XII-17: 14645)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados en junta convocada por el registrador mercantil, quien designó a instancia de la minoría determinado notario para actuar como secretario de la misma, a pesar de que fue otro el notario que finalmente intervino.

La decisión del registrador mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo de la autoridad pública competente para resolver la solicitud. Por ello, el procedimiento presenta menos rigorismo formal y el sistema de recursos es diferente al de la calificación. El acta que levante al notario designado por el registrador mercantil tendrá el carácter de acta de la junta a los efectos del artículo 203 LSC. En cuanto al hecho de que el notario actuante sea uno distinto del designado con nombre y apellidos por el registrador, debe prevalecer el interés del solicitante de la convocatoria. La designación de la persona física que debía actuar como secretario fue realizada "ex officio", por razón de su condición de notario competente territorialmente en el lugar de celebración de la junta. Siendo idéntica la competencia funcional de todos los notarios, así como la exigencia de independencia, imparcialidad y profesionalidad, no existe inconveniente en aceptar la actuación de un notario distinto al designado.

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS

R. 23 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14733)

Deniega la inscripción de una modificación de estatutos, que se pretende mediante la presentación de la certificación, con firma le-

gitimada notarialmente, acreditativa del correspondiente acuerdo de junta. El acuerdo de modificación de estatutos debe constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil (artículo 290 LSC).

SOCIEDAD DE AUDITORÍA

R. 11 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11379)

Admite la inscripción de una constitución de sociedad limitada que incluye en su objeto las actividades propias de la auditoría de cuentas, sin entender necesaria la adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales.

La de auditoría, es un ejemplo de sociedad con objeto propio de determinados profesionales, admitida por nuestro ordenamiento antes de la LSP. Se rige por la Ley de Auditoría de Cuentas, de 12 de julio de 1988, que permite realizar esa actividad, no solo a personas físicas, sino también a jurídicas, de modo que la propia sociedad es la auditora. La actividad de auditoría y las actividades profesionales sujetas a la LSP tienen diferencias. La LAC no regula una profesión, sino una actividad realizable por profesionales de diferentes titulaciones, e incluso por quien, sin titulación universitaria, acredite determinada experiencia profesional. No hay colegio profesional de auditores, aunque la LAC suple el requisito de la colegiación por el de la inscripción obligatoria en el Registro Oficial de Auditores para las personas físicas o jurídicas que realicen esta actividad.

La adicional primera de la LSP prevé la aplicación supletoria de ésta a las sociedades de auditoría. La Dirección interpreta esta supletoriedad: las sociedades auditoras pueden constituirse o adaptarse voluntariamente a la LSP; pero también pueden no hacerlo, puesto que los fines perseguidos por la LSP -la seguridad jurídica de la sociedad y las garantías para los usuarios- ya están plenamente asegurados por la LAC, que regula la auditoría como actividad de interés público, prestada por técnicos, en régimen de independencia y responsabilidad y bajo el control administrativo.

SOCIEDAD PROFESIONAL

R. 9 octubre 2017 (BOE 264, 31-X-17: 12454)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada profesional en cuanto consta en sus estatutos que todas las participaciones tienen el carácter de pertenecientes a socios profesionales; y que cuando éstas fueren adquiridas por socios no profesionales, se procederá al cambio de "clase" de participación, que pasará a ser de la de participaciones pertenecientes a socios no profesionales; y viceversa en caso de transmisión de socio no profesional a profesional.

La previsión estatutaria de que la transmisión de participaciones haya de provocar un cambio de la "clase" de participación es incorrecta técnicamente e induce a confusión, porque en los estatutos calificados la transmisión de una participación entre socios de diverso tipo no altera el conjunto de derechos que resultan de su titularidad, de modo que en esta sociedad no existen "clases" de participaciones en sentido técnico.



R. 31 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13613)

Deniega la inscripción de acuerdos sobre transformación en sociedad limitada profesional y modificación del objeto social, que pasa a incluir, junto con actividades estrictamente profesionales (relacionadas con la arquitectura), otras no profesionales, algunas de las cuales no obstante se califican como “profesionales” (proyectos de electricidad, instalaciones de suministros, domótica y energía fotovoltaica) y las otras como “mercantiles” (compraventa de edificios, montaje de casas prefabricadas, intermediación en la compraventa de empresas, servicios de limpieza).

En virtud del principio de exclusividad de su objeto social, las sociedades profesionales únicamente pueden tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (artículo 2 LSP), sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de varias actividades profesionales. Una enumeración de actividades como la debatida puede inducir a error acerca de la naturaleza del objeto social, en perjuicio de la sociedad y los terceros.

Por otro lado, la escritura asigna determinadas participaciones a la actividad “profesional” y determinadas participaciones a la actividad “mercantil”. Ciertamente se trata de una imprecisión terminológica (en una sociedad mercantil todas las participaciones son mercantiles), pero la interpretación global de los estatutos permite entender inequívocamente que se está aludiendo a participaciones profesionales y no profesionales.

R. 22 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14730)

Deniega la inscripción de acuerdos sociales de una sociedad (cese y nombramiento de administrador), la cual pervive como sociedad ordinaria, si bien su objeto está integrado por actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007; en concreto, el ejercicio de la medicina en sus aspectos clínico, quirúrgico y de urgencias en centro médico.

La sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho y su hoja registral está cerrada, por efecto de la transitoria primera de la Ley 2/2007. Con ocasión de la obligación de adaptar las sociedades anónimas a las nuevas normas promulgadas en 1989, la Dirección elaboró una doctrina según la cual, pese a la sanción de disolución de pleno derecho impuesta literalmente a las sociedades que no se adaptasen en plazo, cabía la reactivación de las mismas (actual artículo 370 LSC). Así, para poder inscribir el título calificado, es preciso reactivar la sociedad previamente y adecuarla al ordenamiento jurídico; y sólo después podrá realizar las modificaciones que su junta general estime oportunas.

TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES

R. 4 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15582)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada, según la cual, cuando socios titulares al menos del 65% del capital social estén dispuestos a aceptar una oferta de compra de sus participaciones condicionada a que el comprador pueda adquirir más participaciones, los socios inicialmente conformes con la venta podrán obligar al resto de los socios a que vendan, a prorrata y en las mismas condiciones, las participaciones necesarias para cubrir la oferta del tercero interesado.

El registrador había suspendido la inscripción por entender que la cláusula exige el acuerdo unánime de todos los socios, por cuanto puede implicar una exclusión de los socios que se ven obligados al cumplimiento del mismo y exige el consentimiento individual de los afectados.

La Dirección entiende que este tipo de disposiciones estatutarias “de arrastre” (“drag along”) son lícitas, habida cuenta de la posibilidad de pactos estatutarios que impongan la obligación de transmitir participaciones cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos (artículo 188-3 RRM). Sin embargo, deniega la inscripción en el supuesto concreto, porque la inclusión de una cláusula de este tipo exige el consentimiento unánime de los socios, el cual no puede suplirse atribuyendo un derecho de separación al socio que no hubiese votado a favor, por no ser una mera cláusula de restricción de transmisión de participaciones sociales (artículo 346-2 LSC). Tampoco es preciso que el consentimiento de todos los socios haya de ser necesariamente expresado mediante acuerdo unánime de la junta, sino que también bastará el acuerdo mayoritario siempre que los demás socios presten su consentimiento individual en un momento posterior (artículo 207-2 RRM).

SUCESIONES

Administrador testamentario

R. 4 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15580)

En el testamento del causante, la madre que ejerce la patria potestad ha sido excluida expresamente de la administración de los bienes de la hija “si se diere el caso” (es decir, mientras la hija no tenga capacidad para administrar los bienes por sí misma, según interpreta la Dirección), y se nombre un administrador de los bienes de la menor a los efectos del artículo 164 Cc. Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia en la que todos los bienes son adjudicados pro indiviso a todos los herederos, incluyendo a la hija menor representada por su madre en el otorgamiento, al cual comparece también el administrador nombrado por el causante, quien renuncia a su cargo en el número siguiente de protocolo.

El TS (S TS 6 octubre 2005) ha admitido que el testador nombre un administrador ajeno a quien ejerce la patria potestad, pudiendo alcanzar esta previsión incluso a los bienes integrantes de la legítima. Sin embargo, la exclusión de las facultades de administración del artículo 164-1 Cc no alcanza a los actos de aceptación, repudiación y partición de la herencia del testador, que no son propiamente actos de administración, sino actos previos a la adquisición y determinación de los bienes, con importantes repercusiones potenciales para el menor, en virtud de la responsabilidad personal del heredero por las deudas de la herencia aceptada pura y simplemente. La existencia de administrador testamentario, que no es representante legal, no priva al progenitor de la representación legal general sobre el menor (artículo 227 Cc: las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor). La voluntad del testador no es dato decisivo, pues no se trata del destino de su herencia, sino del alcance de la representación legal del menor, que es materia de orden público fuera de la libre disposición de los particulares.

Herencia yacente

R. 18 octubre 2017 (BOE 274, 11-XII-17: 12999)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en ejecución judicial de hipoteca seguida contra la herencia yacente y herederos desconocidos del titular registral, aunque no consta el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente.

Es doctrina de la Dirección que la renuncia de los herederos una vez iniciado el procedimiento de ejecución, como consecuencia del requerimiento que se les ha hecho en el mismo, evita de la necesidad de nombrar administrador judicial, porque en tal caso sí habrá habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia.

Sin embargo, en este supuesto: requeridas la viuda y la hija del causante, han acreditado su renuncia anterior al inicio del procedimiento; se ha intentado averiguar quiénes son los posibles herederos del causante; la hermana (posible heredera intestada) ha comparecido en el procedimiento, pero no ha realizado pronunciamiento alguno respecto de la ejecución. El nombramiento de defensor judicial no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso. Sólo debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos haya sido puramente genérico y no se haya personado ningún interesado en la herencia. Por tanto, en este caso no existe indefensión, porque ha sido notificada al menos una de las posibles herederas del titular registral.

R. 18 octubre 2017 (BOE 274, 11-XII-17: 13000)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en ejecución judicial de hipoteca seguida contra la herencia yacente y herederos desconocidos del titular registral, por no constar el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente.

En este caso el llamamiento a desconocidos herederos es genérico, no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia o no de herederos.

R. 20 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13147)

Suspende la extensión de una anotación preventiva de embargo contra la herencia yacente, porque el llamamiento ha sido genérico y no consta la forma en que se han hecho las notificaciones, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos. Es preciso el nombramiento de administrador judicial de la herencia yacente.

También resulta de la documentación presentada que se personaron varios herederos en orden a renunciar a la herencia y que se ha decidido por el juez continuar el procedimiento contra los ignorados herederos del causante. Es doctrina de la Dirección sobre el efecto de la renuncia de los herederos en los procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que si la renuncia se ha producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución, como consecuencia del requerimiento que se les ha hecho en el mismo, evita de la necesidad de nombrar administrador judicial, porque en tal caso sí habrá habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia. Pero en otro caso, la renuncia no evita la necesidad de nombrar administrador judicial, pues producida la renuncia de los

inicialmente llamados a la herencia, ésta pasa a los siguientes en orden, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia.

R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14204)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa de la adquisición por prescripción del dominio de una finca a favor de la demandante, recaída en procedimiento declarativo seguido frente al titular registral y sus desconocidos herederos. Del título no consta si se efectuó el emplazamiento a personas determinadas como posibles llamados a la herencia, ni si se efectuaron todos los medios de averiguación impuestos por la LEC para identificar a los desconocidos herederos y su domicilio a efectos de notificaciones.

La Dirección recuerda su doctrina que deniega la inscripción de resoluciones judiciales dictadas contra la herencia yacente, o herederos desconocidos de una persona fallecida, por haberse dirigido la demanda contra sus herederos indeterminados -sin mayor precisión-, cuando lo procedente hubiese sido dirigirlo contra herederos ciertos y determinados, o bien contra el administrador judicial nombrado al efecto.

R. 30 noviembre 2017 (BOE 308, 20-XII-17: 15156)

R. 30 noviembre 2017 (BOE 308, 20-XII-17: 15155)

Deniegan sendas anotaciones de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia de su padre, respecto de una finca inscrita a nombre de éste, por falta de aportación del certificado de últimas voluntades y el título sucesorio del causante.

La Dirección recuerda su doctrina 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:

1) 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 (art. 166-1-1º RH).

2) Si el procedimiento se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, que es el caso resuelto en este supuesto, habrá que acreditar el fallecimiento, que la demanda se ha dirigido contra tales herederos indicando sus circunstancias personales y la parte que corresponde al derecho hereditario del deudor; y acompañar los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades (art. 166-1-2º RH). En concreto, el título sucesorio debe ser uno de los enumerados en el artículo 14-1 LH (testamento o declaración de herederos). Su aportación es inexcusable, porque la anotación pretendida no puede hacerse extensiva al derecho de otros posibles herederos, cuya existencia no queda excluida con la documentación presentada. Es preciso conocer qué derecho hereditario corresponde al deudor, porque sólo su derecho podrá ser embargado.

3) Si son deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o si son deudas de herederos indeterminados, hay que accredi-



tar: o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

R. 1 diciembre 2017 (BOE 314, 27-XII-17: 15577)

Suspende la inscripción de una sentencia que declara la adquisición del dominio por los demandantes, en virtud de usucapión, respecto de una finca inscrita a nombre de dos cónyuges fallecidos cuyos hijos y herederos no eran comunes.

Es doctrina de la Dirección sobre el principio de tracto sucesivo en la práctica de asientos contra la herencia yacente, que si el llamamiento a los herederos ha sido indeterminado, habrá que acreditar: o bien el nombramiento de administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

En el supuesto resuelto puede entenderse debidamente representado el interés de la herencia yacente del esposo, puesto que los demandantes y el demandado son herederos y, en cuanto los restantes herederos, el juez ha estimado suficientes los documentos aportados en los que todos ellos han reconocido los hechos aun cuando no han sido demandados. Sin embargo, en cuanto a la herencia yacente de la esposa, el procedimiento se ha seguido contra herederos desconocidos y no se ha nombrado defensor judicial de la herencia. La circunstancia alegada de que realmente la finca era privativa del esposo y fue erróneamente adjudicada como ganancial en el título de adquisición (concentración parcelaria), no consta en la sentencia, debiendo prevalecer los pronunciamientos del Registro.

INNECESARIEDAD DE PROBAR HECHOS NEGATIVOS

R. 14 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11388)

El causante manifestó en su testamento que carecía de descendientes y que sus padres estaban fallecidos; e instituyó heredera universal a su pareja de hecho. Ahora se admite la inscripción de la escritura de su herencia, otorgada sólo por su heredera, quien se adjudica todo el caudal, sin necesidad de acreditar el fallecimiento de los padres (quienes, en defecto de hijos, serían legitimarios).

La privación de eficacia de un testamento exige conformidad de todos los interesados o, en su defecto, previa declaración judicial (R. 21 noviembre 2014). También hay que recordar la doctrina consolidada sobre la inexigibilidad de probar hechos negativos, que la Dirección ha aplicado a la inexistencia de hijos de los legitimarios desheredados (R.29 septiembre 2010), o a la inexistencia de hijos del heredero premuerto (R. 3 marzo 1912). En el caso resuelto, exigir la prueba del fallecimiento de los padres que ha sido manifestado por el propio testador, conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio, si no va acompañado de acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados (R. 29 enero 2016). Si el fallecimiento de los padres hubiese sido posterior al testamento, sí que haría falta su acreditación. En caso de falsedad de la manifestación del testador, el legitimario preterido tendría la acción

del artículo 814 Cc para pedir su legítima con la correspondiente reducción de la institución de heredero.

LEGADOS

R. 23 noviembre 2017 (BOE 303, 14-XII-17: 14732)

El testador legó a unos sobrinos el precio obtenido con la venta a cierta sociedad de una parcela a segregar de determinada finca del causante, comprendiendo el legado todo el precio acordado en el contrato privado de venta ya celebrado; de modo que en cuanto a las cantidades ya cobradas, el legado se entiende referido a los productos de ahorro financiero en que se hayan invertido; y en cuanto a las cantidades a percibir, el legado comprende los derechos de crédito y cualesquiera otros que se deriven de la posición jurídica del vendedor, en la cual sucederán dichos sobrinos, quienes quedan facultados para titular la finca vendida a nombre de la entidad compradora. El testador instituye herederos a los mismos sobrinos.

En el inventario de la herencia del causante se incluyó la total finca matriz. Dos años después los sobrinos segregaron de ella la porción comprometida en venta, al objeto de preparar su elevación a público. Ahora se presenta escritura de adición de herencia en la que la finca segregada es adjudicada a los herederos, que son también legatarios. La registradora deniega la inscripción de la adición, por entender que los sobrinos no pueden adjudicarse la finca, ya que: como legatarios, no se les legó la finca, sino el precio obtenido con su venta; y como herederos, sólo pueden segregar y elevar a público el contrato de venta.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción de la finca adicionada a nombre de los sobrinos. El compromiso de venta mencionado en el testamento no ha causado asiento alguno en el Registro a favor del adquirente, sino que es una mera mención de derecho susceptible de inscripción si se cumplieran los requisitos necesarios para ello, lo cual no consta que haya ocurrido. No consta que se haya satisfecho el precio, ni que se haya producido la "traditio" ni por tanto, la transmisión del dominio. Por tanto, la finca no ha salido del patrimonio del causante y forma parte del caudal relicto. Siendo que el causante ha instituido herederos, la interpretación de su voluntad es clara: que los herederos sucedan en los bienes y deudas del causante, cuya voluntad de legar el precio supone beneficiar económicamente a los legatarios, de modo que si no se consuma la venta y no se recibe el precio, la voluntad del testador es que los destinatarios del inmueble sean quienes ostentan simultáneamente la condición de legatarios del precio y herederos del remanente.

LEGÍTIMA

R. 22 septiembre 2017 (BOE 249, 16-X-17: 11848)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia otorgada sólo por los dos hijos del causante instituidos como herederos suyos, por falta de intervención de la otra hija, a quien se le lega su legítima estricta, cuyo pago se ordena por la testadora que sea en efectivo. También interviene el defensor judicial del cónyuge viudo, quien se encuentra incapacitado judicialmente, de modo que la partición ha sido aprobada por el Juzgado conforme al artículo 1060-2 Cc.

En Derecho común la naturaleza de la legítima es la de una “pars bonorum”. Tanto el inventario de bienes como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario para preservar la intangibilidad de su legítima. En la regulación del pago en dinero de la legítima se exige confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, o en su defecto, aprobación del notario o del letrado de la Administración de Justicia (artículos 843 y 847 Cc). A falta de contador-partidor, es imprescindible la concurrencia del legitimario en la partición.

R. 23 octubre 2017 (BOE 277, 15-XI-17: 13148)

El testador instituyó herederos a tres de sus hijos y a la cuarta hija le lega la legítima estricta, sustituida vulgarmente por sus descendientes. La legataria-legitimaria renuncia a la herencia, cuya adjudicación es otorgada sólo por los tres herederos, sin comparecencia de los sustitutos vulgares de la renunciante. La Dirección deniega la inscripción de la adjudicación de herencia.

Es doctrina de la Dirección que la renuncia de un legitimario, habiendo establecido el testador sustitución vulgar, extingue la legítima sobre su estirpe. El artículo 813-2 Cc prohíbe al testador gravar la legítima con “sustitución de ninguna especie”, norma que la Dirección interpreta según su finalidad, que es no perjudicar las legítimas: la prohibición no rige en las sustituciones pupilar y ejemplar (que son una designación de heredero hecha por comisario); pero sí rige para las sustituciones fideicomisarias, y para la sustitución vulgar (que perjudicaría a la legítima de los demás legitimarios). La sustitución vulgar en relación con un legitimario, sólo cabe en relación con el tercio libre, o para mejorar a algún legitimario, o cuando los sustitutos son los colegitimarios del renunciante o colegitimarios de otro grado (por ejemplo, cuando renuncia el legitimario único y los sustitutos son sus hijos). Nada impide, por supuesto, que se produzca una sustitución vulgar en el legado ordenado en favor de los nietos, pero el bien será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto del de legítima.

En el supuesto resuelto, el valor del legado es un doceavo de la herencia (legítima estricta de la hija), que no sobrepasa el tercio libre, de modo que no se afecta a los derechos mínimos de los otros legitimarios. En consecuencia, para inscribir la partición de herencia se necesita, o bien la manifestación de la renunciante de carecer de descendientes sustitutos en el legado, o bien el consentimiento de los legatarios sustitutos.

PARTICIÓN

R. 4 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12397)

Suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional, en la cual el contador-partidor testamentario (sin otras facultades que las legales generales de los artículos 902 y 903 Cc) adjudica a la viuda el único bien y la única deuda comunes, por un valor neto de cero euros, sin adjudicar nada a los herederos.

En contra de la calificación, entiende la Dirección que no existe renuncia a la herencia, la cual hubiese exigido instrumento público, no siendo a estos efectos el cuaderno particional. Al no haber renuncia a la herencia, los herederos continúan respondiendo de las deudas hereditarias.

Lo que ocurre es que la adjudicación de un bien a la viuda en pago de una deuda de la sociedad conyugal, implica un acto de disposición que excede de las facultades del contador-partidor a quien el testador no atribuyó expresamente facultades dispositivas. En consecuencia, se precisa el consentimiento de los herederos.

RENUNCIA A LA HERENCIA

R. 17 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 12997)

Una de las herederas, a quien el testador había sustituido vulgarmente por sus descendientes, renunció a la herencia, de modo que los demás herederos se adjudicaron la herencia por derecho de acrecer. La escritura fue calificada negativamente por falta de intervención de los sustitutos de la renunciante. Veinte meses después de su inicial renuncia, la heredera otorga escritura de rectificación en el sentido de decir que realmente no quería renunciar, sino aceptar traslativamente la herencia.

La Dirección recuerda su doctrina al respecto. Siempre y cuando no se esté encubriendo una revocación de la renuncia, no hay incompatibilidad entre el principio de irrevocabilidad de la misma (artículo 997 Cc), y la posibilidad de subsanar una manifestación en tal sentido. Si el artículo 153 RN prevé la subsanación hecha sólo por el notario, con mayor razón será aplicable a una subsanación hecha por el otorgante. Es preciso realizar una interpretación unitaria del documento, como impone el artículo 1285 Cc, para apreciar la existencia de un error en el consentimiento (artículo 1266 Cc). Y también hay que valorar las expectativas creadas a los llamados como sustitutos.

En el supuesto resuelto, el tiempo transcurrido desde el otorgamiento inicial es más que suficiente para haber producido expectativas a los sustitutos del renunciante, que no pueden resultar desprotegidos, por lo que sólo su concurrencia en la escritura complementaria habilitaría la subsanación de la renuncia.

SUSTITUCIÓN

R. 2 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13874)

El testador ordenó un legado con sustitución -genérica, no nominativa- a favor de los descendientes de la legataria. Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia, en la cual la legataria renuncia al legado y manifiesta que carece de descendientes, lo cual es ratificado por todos los herederos.

La Dirección recuerda su doctrina sobre la innecesariedad de probar hechos negativos, aplicada a la acreditación de quiénes son sustitutos vulgares o de la inexistencia de los mismos. Caben varias situaciones. En cuanto a la inexistencia de personas llamadas a la herencia, no puede identificarse el supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que las llamadas en el título sucesorio -hecho negativo que no es necesario probar-, con la posibilidad de prescindir en la partición de las personas que sí han sido llamadas -que exige justificar por qué no se les atribuyen los derechos a que han sido llamados-. En cuanto a la acreditación de la ineficacia de la sustitución vulgar a favor de los descendientes del heredero premuerto, además del acta de notoriedad (artículo 82 RH),



caben otros medios como testamento o declaración de herederos del sustituido, e incluso acreditación por el albacea, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (R. 30 septiembre 2013). También se aplica la doctrina de innecesariedad de probar hechos negativos a la acreditación de existencia o no de legitimarios del desheredado (R. 29 septiembre 2010).

En el caso resuelto, la manifestación de la persona interesada es medio de prueba, al igual que ocurre en otros casos, como la acreditación del estado de soltero, viudo o divorciado (artículos 363 RRC y 159 RN), o la acreditación de la inexistencia de descendientes del sustituido hecha por mera manifestación de éste en su propio testamento (doctrina de la Dirección).

TRACTO SUCESIVO

R. 8 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11376)

Suspende la inscripción de un decreto dimanante de procedimiento de ejecución de títulos judiciales, porque no consta que haya intervenido en el procedimiento una de las cotitulares registrales o que, en caso de haber fallecido, que las demás intervinientes en el proceso sean sus únicas herederas.

Además no constan el número de documento de identidad, el de identificación fiscal y otras circunstancias identificativas de las partes intervinientes en el procedimiento judicial. Tampoco constan, respecto de la adjudicataria de la finca, el estado civil y -en sus respectivos casos- su régimen económico matrimonial, el carácter ganancial o privativo de la adquisición y el nombre y apellidos del otro cónyuge.

R. 12 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11382)

Deniega la cancelación de una inscripción de compraventa, ordenada como consecuencia de la declaración judicial de nulidad del título, que ordenaba también la reinscripción a nombre de la parte vendedora, porque la finca se encuentra ahora inscrita a nombre de una entidad de crédito, adquirente por ejecución hipotecaria, que no ha sido parte en el procedimiento de declaración de nulidad.

R. 14 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11389)

Suspende la práctica de una anotación preventiva de demanda, porque la finca está inscrita a nombre de una sociedad que no ha sido demandada en el procedimiento. La decisión sobre el levantamiento del velo debe tomarse en un procedimiento contra la propia sociedad titular, salvo en los supuestos legalmente admitidos, entre los que se encuentra el último párrafo del artículo 20 LH, que permite en los procedimientos criminales tomar anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer, como medida cautelar cuando existan a juicio del tribunal indicios racionales de que el verdadero titular es imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. Y siempre será necesario que el tribunal que haya adoptado la medida haya notificado a la sociedad titular del bien cuyo velo haya de levantarse, justificando la adopción de la medida.

R. 2 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12392)

Deniega la inscripción de un acta otorgada en procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, regulado en

el artículo 208 LH, por considerar que no hay verdadera interrupción del tracto.

En el supuesto resuelto, los promotores del expediente adquirieron en documento privado con anterioridad a la adquisición hereditaria del titular registral. Por tanto, la discordancia entre el Registro y la realidad no deriva de la interrupción registral de la cadena de titularidades, sino de un error u omisión padecido en el título inscrito sobre quién era el verdadero adquirente. La titularidad anterior de los promotores supone una titularidad contradictoria con la tabular, de modo que la discordancia deberá solucionarse efectuando las oportunas rectificaciones del título inscrito o, en su defecto, mediante resolución judicial (apartado d del artículo 40 LH).

R. 4 octubre 2017 (BOE 263, 30-X-17: 12400)

Suspende la práctica de una anotación preventiva de demanda, porque la finca está inscrita a nombre de una sociedad que no ha sido demandada en el procedimiento. La decisión sobre el levantamiento del velo debe tomarse en un procedimiento contra la propia sociedad titular, salvo en los supuestos legalmente admitidos, entre los que se encuentra el último párrafo del artículo 20 LH, que permite en los procedimientos criminales tomar anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer, como medida cautelar cuando existan a juicio del tribunal indicios racionales de que el verdadero titular es imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. Y siempre será necesario que el tribunal que haya adoptado la medida haya notificado a la sociedad titular del bien cuyo velo haya de levantarse, justificando la adopción de la medida.

R. 18 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 12998)

Admite el acta del artículo 208 LH como medio para reanudar el tracto en un supuesto en el cual, pese a no haber verdadera interrupción del mismo (el promotor es heredero de quienes compraron al esposo-heredero de la titular registral), existe una extraordinaria dificultad para obtener la titulación ordinaria de la herencia de la titular: ciertamente, no resulta acreditado que el cónyuge fuese el único heredero, pero habiendo pasado más de 100 años desde el fallecimiento, se han cumplido los trámites de publicación y no ha comparecido ningún heredero, por todo lo cual le resulta imposible localizar a los herederos de la titular registral.

No obstante, la inscripción se deniega por otros defectos. Sólo comparece uno de los interesados en la reanudación. Además, dado que no se pretende la reanudación del tracto a favor del promoviente, sino de sus causantes, no se acredita su condición de herederos de los mismos. Por último, no se cumplen los requisitos de los artículos 199 y 201 LH para la rectificación de la descripción de la finca, sin que pueda admitirse la alegación de que no se pretende tal rectificación, ya que la presentación afecta a todos los actos comprendidos en el título siempre que no se haya limitado o excluido expresamente parte del mismo (artículo 425 RH).

R. 3 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13879)

Deniega la inscripción de un testimonio de sentencia que ordena la inscripción de un automóvil a favor de la parte actora, porque el

dominio del vehículo consta inscrito en el Registro de Bienes Muebles a favor del financiador (no demandado), en virtud de un contrato de financiación al demandado mediante un contrato de financiación al comprador con reserva de dominio. Existe falta de tracto. La inscripción de la reserva de dominio implica que sólo a su titular se le reconoce legitimación activa o dispositiva sobre el bien inscrito, el cual no podrá ser embargado por deudas del comprador, aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio.

Por otro lado, habiendo sido dictada la sentencia en rebeldía de la parte demandada, no consta el transcurso del plazo previsto para la revisión de la sentencia (artículo 524-4 LEC).

R. 14 noviembre 2017 (BOE 294, 4-XII-17: 14205)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara nulas las siguientes operaciones inscritas: la aportación de los diez dieciseisavos de finca correspondientes a un titular, a la constitución de una sociedad; la adjudicación posterior de dichas participaciones al hijo del aportante, al disolverse la sociedad; y la ulterior extinción de la comunidad existente sobre dicha finca, por adjudicación del pleno dominio a este comunero mayoritario. Respecto de la extinción de comunidad, lo que ordena la sentencia es que se haga constar que la extinción del condominio no fue total, sino parcial, en el sentido de entender incluidos y adjudicados en la escritura sólo quince dieciseisavos, declarando que el dieciseisavo restante debe inscribirse a nombre del demandante (quien no figuraba como cotitular ni intervino en la disolución de comunidad).

Para la Dirección, cabe cancelar las inscripciones de aportación a la sociedad y adjudicación por disolución de la misma. Pero tal cancelación supone necesariamente retrotraer la titularidad de la finca a la situación existente antes de estas inscripciones. Por ello, la inscripción de la modificación de la extinción de comunidad, requiere la aportación de algún título traslativo que justifique la transmisión de las participaciones del socio fundador a su hijo, adjudicatario en la escritura de extinción.

TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN

R. 7 septiembre 2017 (BOE 240, 5-X-17: 11369)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa una transacción alcanzada por las partes de un incidente de tasación de costas judiciales, en cuyo pago se conviene la dación de una finca.

El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente, en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución, de modo que, si las partes no otorgan voluntariamente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC.

R. 18 septiembre 2017 (BOE 247, 13-X-17: 11726)

Declara inscribible la homologación judicial de un acuerdo transaccional que dos cónyuges ya separados alcanzan en fase de ejecución de una sentencia de modificación de medidas, siendo el objeto del acuerdo disolver el condominio sobre la vivienda habitual del matrimonio.

Ciertamente es doctrina general la que deniega la inscripción de autos judiciales que homologan un acuerdo transaccional en el que se adjudican fincas, porque la homologación judicial no cambia la naturaleza privada del acuerdo transaccional. Sin embargo, también es doctrina consolidada la que admite la inscripción en aquellos supuestos en que el acuerdo sometido a homologación judicial es claramente equiparable, por su contenido, a un convenio regulador, como ocurre en el supuesto resuelto.

R. 27 septiembre 2017 (BOE 253, 20-X-17: 12003)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologa un acuerdo transaccional alcanzado en un procedimiento de disolución de comunidad. Antes de su divorcio, los titulares adquirieron las fincas en estado de casados en separación de bienes, pero no se ha acreditado ni el carácter habitual de alguna de las viviendas adjudicadas, ni la conexión entre la transacción y la crisis matrimonial (teniendo en cuenta que la sentencia de divorcio es 4 años anterior a la demanda de disolución de comunidad).

Por otro lado, el auto no es firme y no se expresa el estado civil actual de los suscribientes de la transacción.

R. 31 octubre 2017 (BOE 286, 24-XI-17: 13612)

R. 18 octubre 2017 (BOE 274, 11-XI-17: 13001)

Rechazan la inscripción de sendas conciliaciones judiciales (en el caso de la R. 18 octubre 2017 se trata de la disolución y liquidación de una sociedad, como consecuencia de la ejecución judicial instada por el incumplimiento de un previo acto de conciliación; y en el caso de la R. 31 octubre 2017 se trata de una conciliación que conlleva el cambio de titularidad registral de una finca inscrita).

Es doctrina consolidada que la transacción tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente (en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución). Ciertamente no debe confundirse la transacción, cuya finalidad es evitar o concluir un pleito, con el acto de conciliación, que es un procedimiento de resolución alternativa de conflictos donde no interviene el juez sino un funcionario que facilita el acuerdo y redacta un acta que lo recoge. Pero lo cierto es que el acta de conciliación, aunque formalizada por funcionario, al igual que ocurre con el acuerdo transaccional, aunque haya sido homologado judicialmente, no alcanza la condición de título inscribible conforme al artículo 3 LH, siendo exigible el otorgamiento de escritura pública por todos los interesados.

R. 2 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13877)

Deniega la inscripción del testimonio de un auto judicial que homologa una transacción entre las partes de un procedimiento de extinción de cosa común perteneciente por mitades indivisas a dos exónyuges, actualmente divorciados y, en su momento, casados en régimen de separación de bienes.

Es doctrina de la Dirección que el acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente (en cuyo caso será título que lleva aparejada ejecución). No obstante, el auto que homologa el acuerdo transaccional sí es inscribible cuando resulta equiparable a un convenio regulador. Lo que ocurre es que en este supuesto, no ha quedado acreditado ni el carácter habitual de alguna de las vivien-



das adjudicadas, ni la conexión directa entre el acuerdo y la crisis matrimonial de los contendientes.

R. 2 noviembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13880)

Deniega la inscripción de un testimonio de auto aprobatorio de las operaciones de avalúo y división hereditaria recaído en procedimiento especial de división de herencia finalizado por acuerdo de las partes sobre la propuesta del perito contador, por ser necesaria la protocolización exigida por el artículo 787-2 LEC para todos los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa.

R. 8 noviembre 2017 (BOE 292, 1-XII-17: 14076)

Deniegan la inscripción de un auto judicial que homologa un acuerdo sobre extinción de condominio. El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado, que no cambia por el hecho de estar homologado judicialmente (en cuyo caso será título que llevará aparejada ejecución), de modo que, si las partes no otorgan voluntariamente escritura, lo procedente será que cualquiera de ellas solicite la ejecución según los artículos 705 y siguientes LEC.

Ciertamente es también doctrina consolidada que el auto que homologa el acuerdo transaccional es inscribible cuando resulta equiparable a un convenio regulador. Pero en el caso resuelto tal equiparación no es posible, pese a que la sentencia hace referencia

al carácter de vivienda habitual de la finca objeto de división, porque el procedimiento no se refiere a una situación de crisis matrimonial, sino de pareja estable.

USUFRUCTO

R. 27 octubre 2017 (BOE 288, 27-XI-17: 13721)

Admite la inscripción de una escritura de donación de un edificio de varias plantas no dividido horizontalmente, con reserva en favor de la donante del usufructo vitalicio de la primera planta, expresando el porcentaje de valor fiscal que corresponde a esta planta, respecto del total del edificio.

No existe falta de claridad en cuanto a la porción respecto de la que se reserva el usufructo la donante y se dona la nuda propiedad, y en cuanto a la porción donada en pleno dominio. Lo donado es todo el edificio, con la excepción del usufructo sobre la vivienda de la primera planta, que es la única existente en la misma. El hecho de que se diga el porcentaje de valor fiscal correspondiente a dicha planta, no quiere decir que lo donado sea una participación indivisa de la finca. El usufructo inscribible puede recaer sobre parte de una finca, sin necesidad de previa segregación o división horizontal, siempre y cuando quede suficientemente determinada la porción de finca sobre la que recae tal derecho de goce.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario de El Masnou

OBRA NUEVA

Para otorgar e inscribir una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad no se requiere aportar ni la cédula de habitabilidad, ni la licencia de primera ocupación, ni la certificación de eficiencia energética, ni el Libro del edificio. Para acreditar la finalización de la obra es suficiente la certificación catastral, si la descripción que de ésta resulta coincide con la declarada.

RESOLUCIÓN JUS/2348/2017, de 22 de septiembre (DOGC 16.10.2017)

RESUMEN.- En 2017 se otorga una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda y de un almacén construidas en 2010, según se acredita con la certificación catastral, a la que se acompaña un certificado municipal que informa de que los servicios técnicos municipales han comprobado la existencia de las edificaciones, de que no les consta la existencia de la licencia ni la fecha de finalización de la obra y de que el terreno está clasificado como suelo urbanizable delimitado sin que haya ordenación urbanística que defina los sistemas de espacios libres o el sistema viario.

La registradora de la propiedad suspende la inscripción por:

a) no considerar acreditada la antigüedad de la obra, ya que el Catastro no describe propiamente la edificación ni especifica las posibles reformas posteriores a la fecha de construcción ni una fecha concreta de finalización de las obras;

b) no haberse aportado el certificado de eficiencia energética, ni la cédula de habitabilidad, ni el certificado de primera ocupación ni el libro del edificio;

c) no acreditarse con una certificación del ayuntamiento el nombre actual de la calle y el número de policía de la finca.

El notario recurre ante la DGRN, aunque la registradora envía el expediente a la DGDEJ, que asume la competencia para resolverlo, estima el recurso íntegramente y revoca la nota de calificación. Los argumentos de la DGDEJ son los siguientes:

1) En relación a su competencia para resolver el recurso, se basa en que tanto la nota de calificación como el recurso «versan sobre una materia regulada por las normas catalanas, esto es, la aplicación de los requisitos que la Ley de Urbanismo de Cataluña de 2010, la Ley de la Vivienda de Cataluña de 2007 y el Decreto 67/2015, de 5 de mayo, exigen para la inscripción de una escritura de obra nueva en el Registro de la Propiedad [...] La norma estatal citada, el artículo 28 del Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, se dicta respetando la normativa urbanística aplicable según el territorio. Además, es de hecho una norma de derecho hipotecario, puramente instrumental, que regula el procedimiento de inscripción de una obra nueva que se tiene que hacer en todo caso según la normativa material aplicable, que es la catalana [...] Interpretar las normas [...] de otra manera llevaría a una absurdidad irrisoria: dado que todas las calificaciones se fundamentan en normativa hipotecaria [...], la competencia de la Generalitat sería inexistente y por lo tanto las leyes que la atribuyen inútiles» (FD 1.4).



2) La certificación catastral es suficiente para determinar la fecha de finalización de las obras, pues el art. 28.4.a) del TR de la Ley (estatal) del Suelo de 2015 no establece ninguna prioridad ni prelación de medios para acreditarla y tampoco exige la acumulación de medios. Dicho precepto recoge de manera indistinta como medios para acreditar la terminación de la obra: «certificación expedida por el Ayuntamiento o por un técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en que conste la terminación de la obra en una fecha determinada y su descripción coincidente con el título». Estima la DG que en el caso presente «se puede intuir que la edificación se ha hecho de una sola vez. [...] La existencia de documentación municipal que reconoce la existencia del edificio y la obligatoriedad de comunicación de obra nueva por parte de la registradora hacen más transparente, respecto de la Administración, la declaración de obra nueva sin licencia. Finalmente, hay que convenir que hoy, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley del catastro inmobiliario [...], “salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el catastro inmobiliario se presumen ciertos”» (FD 3.5). Por lo tanto, considera suficiente la coincidencia de la descripción catastral con la realizada por el notario y por el técnico municipal. Finaliza este punto declarando que «dado que lo que se discute es si la escritura es inscribible o no, hay que aplicar la normativa vigente en el momento de la inscripción, tal como hacemos, y no la vigente en el momento en que presumiblemente se hizo la obra» (FD 3.6).

3) Para la declaración e inscripción de la obra nueva no es necesario que se aporte la cédula de habitabilidad. Así resulta de la literalidad de los arts. 26, 132 y 135.1 de la Ley (catalana) 18/2008, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que obligan a notarios y registradores a exigir la cédula de habitabilidad «en cualquier transmisión, por venta, alquiler o cesión de uso»; no es necesaria por lo tanto para autorizar e inscribir las escrituras de declaración de obra nueva.

4) En las declaraciones de obra nueva sin licencia, por antigüedad, al haber prescrito la infracción urbanística por el transcurso de seis años desde la finalización de la obra, no es necesaria ni la licencia de primera ocupación, ni la comunicación previa de primera ocupación (que ha sustituido a la primera en virtud del art. 187 bis del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el TR de la Ley de Urbanismo (catalana), introducido dicho precepto por la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad de la Administración de la Generalitat y de los entes locales de Cataluña). El motivo que aduce la DG es que para hacer la comunicación previa de primera ocupación es necesario aportar la licencia de obras y el certificado final de obras, por lo que «tenemos que concluir que si para otorgar la escritura hay una exoneración de aportar la licencia de obras y el certificado final de obra [en virtud del art. 28.4 de TR de la Ley (estatal) del Suelo de 2015, dada la prescripción de la acción urbanística], no podemos exigir que se aporte la licencia de primera ocupación que exigía la ley en el año 2010 ni la actual comunicación previa porque sería lo mismo que pedir la licencia y el final de obra» (FD 4.4).

5) Tampoco es exigible la certificación de eficiencia energética cuando la declaración de obra nueva se realiza tras haber prescrito las medidas de protección de la legalidad urbanística, como resulta

así mismo del art. 28.4 citado, que excepciona (pese a su dicción literal que hace referencia solamente al apartado 3 y no al 1, que es el que exige dicha certificación, y al que debe entenderse extendido). Tal ha sido también el criterio de la DGRN en Resolución de 19 de abril de 2016.

6) El mismo argumento es aplicable al Libro del edificio: «no es razonable admitir la inscripción de obra nueva por antigüedad sin acreditación de la licencia de obras y exigir, en cambio, requisitos que son tributarios, como es el caso del Libro del edificio [...]. Por otra parte, el artículo 202 de la Ley Hipotecaria establece como excepción a la exigencia de la aportación al Registro de la Propiedad del Libro del edificio en los casos en que por antigüedad no corresponde tenerlo, y dado que el requisito parece más propio de la declaración de obra acabada o del acta final de obra y que la Ley no especifica a qué antigüedad se refiere, tenemos que concluir que tampoco la normativa hipotecaria nos permite exigirlo en la declaración de una obra que se declara por antigüedad» (FD 4.8).

7) Finalmente, tampoco es necesario acreditar mediante certificación municipal el nombre de la calle y el número de policía de una finca que en el Registro consta inscrita sin determinación de los mismos: «Una vez las personas interesadas han declarado el nombre de las calles donde está situada la finca y el número que le corresponde, y acreditada la certeza de los hechos declarados con la certificación catastral, está fuera de lugar pedir una certificación municipal en este sentido, más todavía en el caso presente en que una de las calles ya constaba en el Registro y la otra lo hacía “sin nombre” y, además, consta en la escritura una certificación municipal inconfundiblemente relacionada con la finca de que se trata» (FD 5.2).

COMENTARIO.- Resumiendo la presente resolución podemos deducir que para otorgar una escritura de declaración de obra nueva “antigua”, es decir, cuando ha prescrito la acción derivada de la infracción urbanística por el transcurso del plazo de seis años desde su finalización, no se requiere ni licencia de obras, ni certificado final de obras, ni cédula de habitabilidad (que tampoco se requiere en una declaración de obra nueva “nueva”), ni licencia de primera ocupación, ni comunicación previa de primera ocupación, ni certificación de eficiencia energética, ni Libro del edificio. Asimismo que para acreditar la fecha de la finalización de las obras es suficiente con la certificación catastral si la descripción contenida en ésta coincide con la declarada. Y por último que, para hacer constar la ubicación de la finca cuando en el Registro no consta, basta con la declaración de los interesados coincidente con el nombre de la calle y el número de policía que resulta de la certificación catastral (diferente sería el caso de que no coincidiese la ubicación resultante del Registro con la real, en cuyo caso debería rectificarse aquella, en base al art. 201.2 LH y RDGRN de 27 de abril de 2017, mediante certificado municipal).

()

Es de agradecer para la práctica notarial y registral la simplificación de requisitos de que dispensa esta resolución para las declaraciones de obra nueva por antigüedad y la interpretación amplia, por lo demás totalmente lógica, del art. 28.4 de la Ley estatal del suelo, en un tema en que el maremágnum de disposiciones legales, tanto estatales como autonómicas, es, como

puede verse, considerable. Si algún pero hubiera que poner a esta resolución sería la declaración contenida en el FD 3.6 de que «dado que si lo que se discute es si la escritura es inscribible o no, hay que aplicar la normativa vigente en el momento de la inscripción, tal como hacemos, y no la vigente en el momento en que presumiblemente se hizo la obra», como si la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la escritura pública fuese algo irrelevante, cuando es el momento en que se autoriza el negocio jurídico realizado. En esta apreciación, sin embargo, coincide la DGDEJ con la DGRN que, a propósito de la inscripción de las modificaciones de entidades hipotecarias, atiende únicamente a la normativa vigente en el momento de la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad, como si de un mero acto registral se tratase, cuestión sobre la que mucho habría que debatir llegado el momento.

SUBROGACIÓN DE HIPOTECA Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

En una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca sin novación, no es necesaria la adaptación de las cláusulas del préstamo hipotecario a las modificaciones legales posteriores a su constitución.

RESOLUCIÓN JUS/2463/2017, de 7 de octubre (DOGC 26.10.2017)

RESUMEN.- El 20 de abril de 2017 se otorga una escritura de compraventa a carta de gracia con subrogación hipotecaria de una vivienda de protección oficial entre el promotor de la misma (el Patronato municipal de la vivienda de Barcelona) y dos personas físicas. Se plantea si la hipoteca en la que se subrogan los adquirentes debe ajustarse a los requisitos y obligaciones exigidos por el Código de consumo de Cataluña (CdC, en adelante) y si la escritura debe contener la manifestación de los adquirentes sobre el carácter habitual o no de la vivienda.

La registradora se basa, en cuanto al primer defecto, en los cambios legales y jurisprudenciales ocurridos entre la fecha de constitución de la hipoteca (2013) y la fecha de la subrogación, especialmente en lo relativo a los intereses de demora, respecto de los cuales se establecía una responsabilidad hipotecaria máxima del 10% anual; y en cuanto al segundo, en la exigencia del art. 21 LH.

El notario recurrente alega fundamentalmente que no se puede convertir una forma de pago del préstamo, el pago por subrogación, en la constitución de un nuevo préstamo al adquirente; y que el CdC no puede imponer la obligación de realizar modificaciones de cláusulas inscritas en el Registro. En relación con la falta de manifestación sobre el carácter habitual o no de la vivienda argumenta que es innecesaria ya que, por tratarse de una vivienda de protección oficial, sólo puede ser domicilio habitual y permanente del comprador, de acuerdo con lo que dispone la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

La DGDEJ estima el recurso y revoca la nota de la registradora. En primer lugar se pronuncia a favor de su competencia para resolver el recurso, con base en que la nota de calificación y el recurso versan sobre la aplicación del art. 251-6.4.a) del CdC, la compraventa a carta

de gracia está regulada en la CDCC y afecta a viviendas de protección oficial.

Entrando en el fondo del recurso, considera acreditado que los compradores tienen la condición legal de consumidores, teniendo que regularse la relación entre las partes por la normativa de créditos hipotecarios con los consumidores y usuarios. Sin embargo, admite que «cualquier subrogación hipotecaria no comporta necesariamente que haya ninguna modificación en las condiciones del préstamo inicial y debidamente inscrito» (FD 2.5). De hecho en febrero de 2017 se había otorgado una novación (que fue inscrita «sin ningún tipo de objeción» por parte de la registradora), fijando la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora en el máximo del 10%, que supera el establecido para los consumidores por el art. 251-6.4.a) CdC (3 veces el interés legal del dinero), ya que éste está establecido en el 3% para el año 2017.

Entiende no obstante la DG que «las disposiciones del Código de consumo de Cataluña que protegen a los consumidores y usuarios tienen que prevalecer sobre inscripciones preexistentes que sean contrarias al mismo Código o que puedan perjudicar a dichos consumidores y usuarios» (FD 2.8), y que corresponde a los tribunales su tutela efectiva sin necesidad de una sentencia previa que declare la nulidad de la cláusula abusiva, de conformidad con la doctrina del TJUE (S. de 4 de junio de 2009).

Por otra parte, la RDGRN de 9 de octubre de 2015 ya dispuso «textualmente que “en las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios ... no es necesario realizar una adaptación de todas las cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución”. Esta doctrina no comporta que el Código de consumo no sea de rigurosa aplicación a los intereses de demora a los cuales tenga que hacer frente el deudor subrogado o los deudores adquirentes posteriores (con justo título de adquisición), y que el artículo 251-6.4.a) del Código de consumo no produzca los efectos establecidos por el mismo a favor del consumidor en el supuesto de ejecución hipotecaria posterior, limitándose los intereses de demora al regulado y vigente en el momento de la ejecución de acuerdo con lo que establece el Código de consumo. No hace falta una modificación a la carta para cada modificación legislativa que se produzca» (FD 2.10).

En cuanto a la cuestión menor de si es necesaria la manifestación expresa del carácter habitual de la vivienda, la DG entiende que el art. 21.3 LH sólo la exige en la escritura de constitución del préstamo hipotecario; y que el art. 78.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda y el art. 56.1 del Decreto 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda establecen que las viviendas de protección oficial se deben destinar a domicilio habitual y permanente de los adquirentes: «por lo tanto es innegable la consideración de vivienda habitual de la vivienda adquirida por el comprador por ser de protección oficial y de promoción pública, se exprese o no en la escritura de subrogación hipotecaria objeto del presente recurso» (FD 3.4).

COMENTARIO.- En la cuestión de la competencia para resolver el recurso, puede parecer un poco extraño que la DG haya entra-



do en su examen, extremo que no se cuestiona ni por el notario recurrente, que interpone el recurso ante la propia registradora y ante la DGDEJ, ni por aquélla. La razón de ello puede estribar en la existencia de cierta discrepancia en este extremo entre la DGRN y la DGDEJ, pues la primera ha reclamado para sí la competencia para resolver los recursos en materia de consumo, como en la ya reseñada RDGRN de 9 de octubre de 2015, bajo la consideración de que la legislación catalana no tiene competencias ni, por lo tanto, normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos y, limitando la competencia de la DGDEJ a los supuestos en que «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción» (FD 3.4º). Sin embargo, el art. 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, citado por la resolución que comentamos, atribuye la competencia a la DGDEJ al incluir dentro de su ámbito «el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que se tengan que inscribir en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña, siempre que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en normas de derecho catalán o en su infracción».

Por lo demás, parece claro que las modificaciones legales posteriores al otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario no obligan a otorgar las correspondientes novaciones, ni siquiera con ocasión de la novación que introduzca o modifique cláusulas a las que no afecten los cambios legales o las novedades jurisprudenciales. Dichas nuevas normas se aplicarán, si se establecen con carácter retroactivo, *ope legis*, sin necesidad de novar el préstamo. Ello es aplicable con mayor motivo si no se nova el préstamo concedido al promotor, sino que el consumidor se limita a subrogarse en el mismo. En el mismo sentido, la RDGRN de 24 de febrero de 2014 resolvió, en relación con una escritura de novación calificada negativamente por no modificar la cláusula de vencimiento anticipado adaptándola a la exigencia de falta de pago de tres cuotas, que no era necesaria dicha adaptación mientras la cláusula de vencimiento anticipado no fuese objeto de modificación.

Ahora bien, el hecho de que el consumidor se limite a subrogarse no impide que la entidad prestamista tenga que cumplir con las correspondientes obligaciones de información que establece la ley, cuestión que no ha planteado la registradora en su nota. Como dice la reciente Sentencia nº 643/2017 del TS, Sala 1ª, de 24 de noviembre de 2017: «el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo hipotecario previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. [...] Si se eximiera a la entidad financiera de esta exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación

nacional que la desarrolle supone el control de transparencia». Por lo tanto, el notario que autorice la escritura de compraventa con subrogación deberá comprobar que se han cumplido dichos deberes de información con los requisitos que la ley exige para el otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario a favor de un consumidor.

*A esta resolución le han seguido 17 más de igual contenido: RRDGDEJ JUS/2464/2017, de 13 de octubre; JUS/2465/2017, de 11 de octubre; JUS/2476/2017, de 13 de octubre; JUS/2477/2017, de 13 de octubre; JUS/2507/2017, de 13 de octubre; JUS/2508/2017, de 13 de octubre; JUS/2633/2017, de 13 de octubre; JUS/2651/2017, de 13 de octubre; JUS/2652/2017, de 13 de octubre; JUS/2653/2017, de 13 de octubre; JUS/2654/2017, de 13 de octubre; JUS/2655/2017, de 13 de octubre; JUS/2656/2017, de 13 de octubre; JUS/2657/2017, de 13 de octubre; JUS/2658/2017, de 13 de octubre; JUS/2685/2017, de 13 de octubre; y JUS/2686/2017, de 13 de octubre.

VIVIENDA FAMILIAR

A los efectos de constituir una hipoteca, no es necesario que el hipotecante soltero manifieste si forma o no una pareja estable.

RESOLUCIÓN JUS/2443/2017, de 11 de octubre (DOGC 26.10.2017)

RESUMEN.- Se otorgan en un mismo acto sendas escrituras de compraventa y de préstamo hipotecario sobre la misma finca. En esta última escritura, el prestatario e hipotecante manifiesta que es soltero y que la vivienda tiene el carácter de vivienda habitual pero, a juicio de la registradora de la propiedad, es necesaria también la manifestación de si la vivienda constituye o no el domicilio familiar o común con persona no compareciente en el documento, en base a los arts. 231-9 y 569-31 CCCat.

La notaría autorizante recurre la nota de calificación argumentando que ambas escrituras formalizan un negocio jurídico complejo con una única causa común, que es la adquisición de la vivienda habitual, equiparable al supuesto de compraventa con subrogación de hipoteca.

La DGDEJ estima el recurso y revoca la nota de calificación, aunque en base a argumentos distintos a los aportados por la recurrente. En primer lugar considera que, en base al art. 159 RN, el notario no está obligado a hacer constar en la escritura la situación de convivencia o no en pareja estable, que es un situación de hecho y no un estado civil, que puede ir unida a cualquier estado civil y no solamente al de soltero. Y añade: «de la misma manera que las personas no casadas no manifiestan su estado civil expresándolo en sentido negativo, sino expresando simplemente que son solteras, viudas, separadas o divorciadas, parece lógico que tampoco las personas que no conviven en unión estable de pareja tengan que manifestar su situación personal en sentido negativo, es decir, manifestando que “no conviven en unión estable de pareja” (FD 2.2). Por otra parte, «la constancia en la escritura de la situación convivencial, tanto de las personas casadas, viudas, divorciadas o solteras se hace según sus propias manifestaciones, y sin necesidad de probarlo» (FD 2.3); por lo que «la calificación registral no puede ir más allá de las afirmaciones hechas solemne-

mente en el documento notarial y no puede suponer la hipótesis deducida a sensu contrario de que por el hecho de estar soltero el compareciente quizás es miembro de una unión estable de pareja» (FD 2.4). Lo que lleva a concluir a la DG que «si una persona manifiesta en la comparecencia de una escritura que es soltera y no hace constar que está unida en situación de pareja estable, se tiene que entender que no está en esta situación. Y por mucho que en la práctica se haya impuesto casi como cláusula de estilo la declaración de la persona que dispone de una vivienda que no necesita el consentimiento de terceras personas a los efectos del artículo 231-9 del CCC, o que la vivienda que se transmite no constituye vivienda habitual, entendemos que la calificación no se puede fundamentar en la sospecha permanente de la mala fe de las personas, sino que más bien habría que decantarse por una presunción de buena fe» (FD 2.5).

En relación con el argumento de la recurrente de que se trata de un negocio jurídico complejo, equiparable al de la compraventa con subrogación, declara que «en ningún caso podemos admitir que por el simple hecho de otorgarse dos negocios con una cierta unidad de acto, como sucede casi siempre con la compra de una vivienda y el préstamo que la financia, se convierten en un solo negocio. En definitiva, en el caso que ahora nos ocupa estamos ante dos negocios jurídicos independientes, relacionados entre ellos, sí, pero cada uno de los cuales tiene que reunir sus requisitos legales» (FD 3.1).

COMENTARIO.- Sigue la presente resolución la doctrina de la RDGDEJ de 22 de mayo de 2006 que, en un caso de venta, dictaminó que la manifestación de que ninguno de los vendedores (viuda y divorciado) formaba una unión estable de pareja no era exigible por el registrador por el mero hecho de que aquellos fueran susceptibles de formar una unión estable de pareja. En aquel momento las personas casadas que estuvieran separadas de hecho no podían formar una pareja estable con otra persona; hoy en día sí pueden formarla, por lo que, del mismo modo que a las personas casadas no se les exige que manifiesten si tienen o no una pareja estable extraconyugal, no parece lógico que deba exigirse dicha manifestación para las personas no casadas ni separadas legalmente.

No obstante, sorprende que la DG haya revocado la nota de la registradora, que no exige la manifestación del hipotecante sobre si forma o no una pareja estable, sino la manifestación de si la vivienda que se hipoteca constituye su vivienda familiar o común (recordemos que, para la pareja estable, el legislador ha sustituido la expresión vivienda común por la de vivienda familiar [arts. 234-3.2, 234-8], por lo que la misma expresión sirve para el matrimonio y para la pareja estable). Son manifestaciones distintas, como lo prueba el hecho de que la propia DGDEJ estimó que no era necesaria la manifestación sobre la situación convivencial en la citada resolución de 22 de mayo de 2006, mientras que sí exigía la manifestación del carácter familiar o no de la vivienda en la R. de 20 de diciembre de 2009 (en que un usufructuario casado comparecía para constituir una hipoteca). La DGRN ha exigido esta última manifestación en las RR. de 21 de mayo de 2013 y 19 de diciembre de 2013, entre otras.

Esta exigencia resulta claramente del primer inciso del art. 569-31.2 CCCat: «El cónyuge o conviviente en pareja estable que hipoteca una vivienda, si ésta no tiene el carácter de familiar, lo tiene que

manifestar expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca». De este precepto puede deducirse la necesidad de consignar la manifestación de si el hipotecante forma o no una pareja estable, que es a lo que la DGDEJ se opone y considero que con razón, pues el art. 569-31.2 debería ser corolario del art. 231-9, al que se remite aquél (por cierto, incorrectamente, al citar el art. 231-8), que no exige dicha manifestación. El art. 231-9.3 dispone, a mi entender con mejor criterio, que «el acto [de disposición o de gravamen] mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta».

Ante esta contradicción en la exigencia de la manifestación, debería prevalecer el art. 231-9 ya que, por una parte, es el precepto que regula, en sede de derecho de familia, los actos de disposición y gravamen sobre la vivienda familiar, mientras que el art. 569-31.2 se limita a hacer una reiteración (por lo demás perturbadora, como suelen serlo casi todas las repeticiones innecesarias) del art. 231-9. Por otra parte, el art. 569-31.2 data de 2006 y el art. 231-9 de 2010 y que, aunque la redacción del primero se modificó en 2010 para adaptarlo al segundo, dicha adaptación no fue del todo precisa, pues se advierte cierta contradicción entre ambos preceptos. Finalmente, debemos extremar el respeto a la esfera privada de las personas cuando su invasión no es estrictamente necesaria (personalmente, a veces me causa cierto sonrojo inquirir sobre cuestiones de tal intimidad).

Por lo tanto, considero acertada la nota de calificación de la registradora exigiendo la manifestación, no de la situación convivencial del hipotecante, sino del carácter familiar o no de la vivienda hipotecada. Para consignar esta última manifestación no es necesario recoger también la primera, pues basta con que el disponente o hipotecante manifieste si la vivienda tiene o no el carácter de familiar pues, como se ha dicho, el calificativo de familiar es aplicable tanto a la vivienda de las personas casadas como al de las personas que forman una pareja estable.

En relación con el hecho de que se celebren en el mismo acto la adquisición y el gravamen de la vivienda, con independencia de si se considera como un único negocio jurídico complejo o no, entiendo que es conveniente igualmente la constancia de la manifestación, pues el hecho de que se adquiriera la vivienda en un momento determinado no impide que previamente haya constituido el domicilio familiar, pues puede haberlo sido por título distinto al de propiedad (arrendamiento, por ejemplo) (en contra, RDGRN 22 de mayo de 2006).

VIVIENDA

La Agencia Catalana de la Vivienda tiene derecho de tanteo y retracto en caso de transmisión de viviendas que procedan de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso concreto que se examina.

RESOLUCIÓN JUS/2800/2017, de 21 de noviembre (DOGC 07.12.2017)

RESUMEN.- En 2017, una sociedad vende a una persona física una vivienda y dos plazas de aparcamiento. Se plantea si es aplicable a la vivienda el art. 2 del Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, esto



es, si la Agencia de la Vivienda de Cataluña tenía derecho de tanteo y retracto sobre la vivienda y, por lo tanto, era preceptiva que se le notificara la decisión de transmitir con carácter previo al otorgamiento de la escritura de compraventa. La entidad transmitente no había adquirido la vivienda en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, como exige el precepto, sino por aportación a una ampliación de su capital realizada en diciembre de 2012 por una entidad bancaria que sí había adquirido la vivienda en la forma requerida en marzo de 2012.

La DGDEJ resuelve que sí era exigible la notificación previa, pues cuando la entidad bancaria adquirió la vivienda y también cuando la aportó a la sociedad ahora transmitente, el edificio figuraba en el Registro de la Propiedad como “en construcción”; mientras que al procederse a la venta en 2017 ya constaba la construcción como finalizada (al parecer, el certificado final de obra, que accedió al Registro en 2016, constataba que las obras habían finalizado en 2010). La cronología es pues la siguiente:

1.- En 2010 se acaba la construcción, pero no se inscribe el acta final de obra en el Registro.

2.- En 2012 la entidad bancaria adquiere la vivienda en procedimiento de ejecución hipotecaria.

3.- El mismo año la entidad bancaria aporta la vivienda a otra sociedad. En el Registro consta la vivienda como en construcción. No hay derecho de tanteo y retracto a favor de la Agencia Catalana de la Vivienda, pues aún no se había promulgado el DL 1/2015.

4.- En 2016 se inscribe en el Registro el acta final de obra.

5.- En 2017 se vende la vivienda.

La DG estima que el hecho de que en la fecha de la aportación de la vivienda del banco a la sociedad vendedora el edificio constara en el Registro como en construcción determina que la venta de 2017 tuviera el carácter de primera transmisión, única a la que le sería aplicable el DL de 2015, pese a considerar que la aportación a la sociedad es también una transmisión dado su carácter oneroso. Pero a efectos de la norma en cuestión, lo determinante para la DG es lo que consta en el Registro, lo que le lleva a concluir: «Así pues, esta Dirección General considera que la “primera transmisión” de esta vivienda susceptible de ser afectada por el artículo 2 del Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, es la documentada en la escritura de compraventa de 26 de mayo de 2017, ya que es también la primera en la que se acredita que lo que se transmite es una “vivienda construida” y no un “edificio en construcción”» (FD 3.4).

COMENTARIO.- Interesante resolución para la práctica notarial, que aclara que el derecho de tanteo y retracto a favor de la Agencia Catalana de la Vivienda sólo opera en la primera transmisión que se haga de las viviendas después de haber sido adquiridas en un procedimiento de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria. También aclara que la aportación de dichas viviendas a otra sociedad se considera igualmente como transmisión a estos efectos.

Sin embargo, a mi juicio, no acierta en la resolución del caso concreto que examina, pues realiza una distinción entre viviendas en construcción y viviendas terminadas que el Decreto Ley 1/2015 no recoge. El artículo 2 de esta norma habla solamente de viviendas y no encuentro base alguna para establecer un régimen diferente según su estado de construcción y menos aún en función de lo que al respecto conste en el Registro de la Propiedad. La finalidad de la norma, según su Preámbulo, es evitar que viviendas que han sido adquiridas mediante alguna de las formas indicadas, sean objeto de ventas masivas por las entidades financieras a «fondos de inversión internacionales» «con unos descuentos sobre los precios muy importantes», con fines meramente especulativos, y conseguir «que la Administración pública pueda beneficiarse de los bajos precios de estas transacciones para incrementar su parque de vivienda social». Parece evidente que dicha finalidad es independiente del grado de ejecución de la construcción que conste en el Registro de la Propiedad e incluso del real pues, aunque la obra no esté finalizada (o incluso aunque necesite de obras de rehabilitación, como recoge el propio Preámbulo expresamente), el fin perseguido es el mismo.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no se cumple uno de los requisitos que establece el DL 1/2015, es decir, que el transmitente haya adquirido la vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, por lo que no debería exigirse la notificación previa a la Agencia Catalana de la Vivienda.

El criterio de la DGDEJ, además de no ajustarse, a mi entender, ni a la letra ni al espíritu de la ley, crea un grave problema práctico: en toda transmisión de vivienda los notarios deberíamos indagar la fecha en que se anotó en el Registro el final de la obra, información que no suele figurar en la nota simple, ya que si el final de obra accedió al Registro después de la última transmisión y en algún eslabón de la cadena de transmisiones ha habido algún procedimiento de ejecución hipotecaria o equiparado, la transmisión sería “primera” y se daría el derecho de tanteo y retracto. Es absurda la inseguridad jurídica resultante de la interpretación de la DG.

LIBRO DEL EDIFICIO

En una venta de una vivienda ubicada en un edificio que, por su antigüedad, ha tenido que someterse a inspección técnica, debe exhibirse el libro del edificio, salvo que el adquirente renuncie justificadamente a su aportación.

RESOLUCIÓN JUS/2823/2017, de 1 de diciembre (DOGC 11.12.2017)

RESUMEN.- Se otorga una escritura de compraventa de una vivienda perteneciente a un edificio que, según la certificación catastral, data del año 1900. En la escritura se protocoliza el certificado de la Inspección Técnica del Edificio, pero la registradora de la propiedad suspende la inscripción ya que no se exhibe el libro del edificio, ni se exonera a la parte transmitente de exhibirlo. El notario autorizante recurre la nota argumentando que, por tratarse de una segunda transmisión y por la antigüedad del edificio, no se puede exigir ni la aportación del libro del edificio ni la expresión de su archivo registral.

La DGDEJ confirma la nota de calificación en base principalmente al art. 26 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio, que desarrolla la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Como se desprende del largo título del decreto, los edificios de viviendas están obligados, en determinados supuestos, a confeccionar un libro del edificio y a realizar inspecciones técnicas. Uno de los supuestos en que la propiedad debe formalizar el libro del edificio es «una vez recibido el informe de inspección técnica del edificio», como exige el citado art. 26, aplicable a los edificios existentes al entrar en vigor el decreto.

En relación con la cuestión de si debe ser objeto de calificación registral la constancia de que el inmueble dispone del libro del edificio, la DG cita el art. 202 LH, que exige que se aporte al Registro de la Propiedad, «salvo que por la antigüedad de la edificación no sea exigible»; sin embargo, en Cataluña sí que lo es cuando, pese a dicha antigüedad, ha transcurrido el plazo fijado por el Anexo I del Decreto 67/2015 para someterse a la inspección técnica. Por su parte, el art. 132 de la ley del derecho a la vivienda dispone que «los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de transmisión o cesión del uso de viviendas», debe exigir el libro del edificio «salvo en el caso de edificios ya existentes que aún no hayan sido sometidos a dicha obligación»; y el art. 135 establece que los registradores no pueden inscribir en el Registro de la Propiedad escrituras que no hayan cumplido lo dispuesto en el art. 132.

Por todo ello, la DG afirma que «la constancia de que el edificio dispone del libro del edificio está sujeta a calificación registral, o sea, la calificación de estar depositado el libro del edificio en el Registro de la Propiedad, o la calificación de que el vendedor ha puesto a disposición del comprador el libro del edificio, mediante la referencia de que está a disposición del propietario en la sede de la secretaría o administración de la comunidad de propietarios o custodiado por el presidente de la comunidad de propietarios» (FD 3.3).

No obstante, la resolución admite la posibilidad de que el comprador pueda renunciar a la puesta a su disposición del libro del edificio, ya que el art. 15.3 del Decreto 67/2015 le permite exonerar al vendedor «de manera expresa» de la obligación de entregarle el informe técnico del edificio y el certificado de aptitud, en caso de que el transmitente no pueda disponer de dicha documentación «por causas que tienen que quedar debidamente justificadas ante el fedatario público que autorice la transmisión». Y, si el comprador puede renunciar a la exhibición de dichos documentos, la DG considera consecuente que también pueda renunciar a la exhibición del libro del edificio, en base al principio de libertad civil, sancionado por el art. 111-6 CCCat.

Además, considera la circunstancia de que en la práctica un edificio puede haber pasado la inspección técnica, pero estar pendiente de la realización de las obras de restauración que deban hacerse a resultas de dicha inspección y, no disponer, todavía de los certificados, de manera que hay un periodo de tiempo en que puede ser que no exista todavía libro del edificio. Y, por otra parte, la dificultad que en la práctica puede generar esta cuestión en relación con las ventas de viviendas situadas en edificios con un

número considerable de entidades (por lo que propone, de *lege ferenda*, que sea el administrador de la comunidad quien certifique tales cuestiones).

Así pues, dado que en el presente caso la escritura no hace ninguna referencia al libro del edificio, la parte compradora no ha renunciado a que le sea exhibido y la renuncia no puede presumirse, sino que debe hacerse «con todas las cautelas y garantías que aseguren la libertad y el conocimiento de la persona adquirente sobre el significado y las consecuencias de la renuncia» (FD 3.7), la DG desestima el recurso.

COMENTARIO.-El art. 132, b) de la Ley de la vivienda citada dispone que los notarios deben exigir el cumplimiento del requisito de que el edificio dispone del libro del edificio, cuando éste sea obligatorio; y ya ha quedado claro que lo es, respecto de los edificios existentes en 2015, cuando el edificio ha tenido que someterse a una inspección técnica.

Lo que no resulta con tanta claridad es la forma en que tiene que acreditarse ante el notario el cumplimiento de dicho requisito. Obviamente, la exhibición del libro en el momento de la lectura de la escritura de transmisión sería suficiente, pero en muchos casos tal hecho será difícil. Si el libro está depositado en el Registro de la Propiedad, también bastaría, pues el adquirente puede acceder a dicho contenido con arreglo al art. 21.2 del Decreto 67/2015; pero, por una parte, sólo los edificios de nueva construcción o resultantes de una gran rehabilitación desde 2015 está obligados a dicho depósito y, por otra parte, las notas registrales no siempre informan sobre tal extremo (insto desde aquí a que lo hagan). Parece que un certificado del presidente o del administrador de la comunidad de propietarios tampoco es suficiente, pues la DG sugiere dicha solución de *lege ferenda* (aunque debería bastar cuando se trata de edificios existentes en 2015, pues es la comunidad la que tiene la obligación de custodiar el libro del edificio con arreglo al art. 27 del decreto). La manifestación del adquirente de que ha tenido a su disposición el libro del edificio parece ser suficiente a tenor de la presente resolución (FD 3.3), pero ni tal manifestación ni la exoneración de dicho requisito encajan, a mi entender con el tenor literal del art. 132 de la ley, que sólo habla de manifestación en relación con los requisitos del capítulo VI del libro IV y de exoneración a propósito de la cédula de habitabilidad.

De hecho, creo que la finalidad perseguida por la ley al exigir la aportación del libro del edificio (con su certificado de aptitud si tiene cierta antigüedad) es muy similar a la que sustenta la exigencia de la cédula de habitabilidad (esto es, no sólo la protección al consumidor sino también preservar la dignidad y adecuación del parque de viviendas; véase, p.e., la RDGDEJ de 31 de marzo de 2009), por lo que ambos requisitos (cédula de habitabilidad y libro del edificio, exigidos por el mismo precepto, el art. 132 de la ley de la vivienda), deberían regirse por normas similares. De todas maneras, dadas las dificultades prácticas expuestas, sería conveniente acoger la interpretación que la DGDEJ hace en esta resolución. Lamento que la DG no haya aprovechado la ocasión para manifestar con mayor claridad que basta con la manifestación del adquirente para que quede cumplido el requisito del art. 132, b) de la ley de la vivienda (aunque podría entenderse que si puede exonerarlo, también ha de poder manifestar que se ha cumplido).



En lo relativo a la Inspección Técnica del Edificio, aprovecho para recordar:

a) Que, a diferencia del libro del edificio, los notarios (y los registradores, curiosamente) deben informar al adquirente de la obligación del transmitente de entregarle una copia del informe de la inspección técnica realizada y del certificado de aptitud (art. 15.4 del decreto). Por lo tanto, parece que debería ser suficiente con la advertencia por el notario o con la constancia de la manifestación del adquirente en tal sentido.

b) Que el adquirente puede exonerar, «de manera expresa», al transmitente de aportar dicha documentación si este manifiesta que no puede disponer de ella «por causas que deberán quedar debidamente justificadas ante el fedatario público que autorice la transmisión» (art. 15.3).

c) Que tales requisitos deben cumplirse, en su caso, en toda transmisión *inter vivos* de una vivienda (art. 15.1; por lo tanto, también, en caso de donación). En cambio, la existencia del libro del edificio debe acreditarse en toda transmisión o cesión de uso de una

vivienda (aunque excluiría aquellos supuestos en que no es exigible la cédula de habitabilidad por la equiparación que he propugnado entre ambas y por las mismas razones que la DG ha aplicado a aquélla).

d) Que deben someterse a inspección técnica los edificios de viviendas antes de alcanzar los 45 años de antigüedad, tomando como fecha para determinar ésta la que consta en el Catastro (Anexo I.1 del decreto).

e) Que los edificios de viviendas unifamiliares también están sujetos a tal obligación, si bien hay una moratoria temporal que en la actualidad hace que sólo sea exigible para las construidas antes de 1930 (Anexo I.2).

f) Que el certificado de aptitud tiene una vigencia determinada en función de la gravedad de las deficiencias observadas (10 años si no hay deficiencias) y que antes de finalizar su vigencia el edificio tiene que someterse a una nueva inspección y obtener otro certificado de aptitud (art. 14 y Anexo I.4).

Recensión bibliográfica

Por Georgina Garriga Suau

Prof. Agregada de Derecho Internacional Privado
Universitat de Barcelona

La obra colectiva que reseñamos, dirigida por la Dra. Ginebra Molins y el Dr. Tarabal Bosch, ambos profesores de Derecho civil de la Universitat de Barcelona, recoge la mayor parte de las contribuciones a dos actos académicos que tuvieron lugar con ocasión del comienzo de la aplicación diferida (artículo 84) del Reglamento (UE) Número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, RS). El primero de ellos, las “Jornadas sobre el Reglamento sucesorio europeo”, fue dirigido por el Dr. Serrano de Nicolás y auspiciado por el Colegio Notarial de Cataluña los días 25 y 26 de junio de 2014. El segundo, que consistió en un ciclo de conferencias sobre “La inminente aplicación del Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas”, fue dirigido por la Dra. Ginebra Molins y el Dr. Tarabal Bosch y se celebró en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona durante el mes de marzo de 2015. El compromiso de ambas instituciones, como pone de relieve el Sr. Ollé i Favaró, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, al presentar la presente obra colectiva, junto con el apoyo de dos proyectos de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad y del Grupo de investigación consolidado de “Dret civil català”, dirigido por el Dr. Badosa Coll, han contribuido a la publicación de esta interesante y estimulante obra colectiva.

Con ello adelanto mi opinión más que favorable de la obra por los méritos que seguidamente expongo. En primer lugar, como se acaba de indicar, la misma integra la participación tanto de operadores jurídicos como de profesores de distintas ramas jurídicas aunque complementarias, el Derecho civil y el Derecho internacional privado. Este dato pone en alza la transversalidad más que necesaria de la obra que se reseña. El segundo dato que merece ser destacado es el análisis crítico, más allá del meramente descriptivo, de los aspectos seleccionados del RS, a los que se aludirá en breve. A todo ello todavía cabría añadir un tercer mérito atribuible a

«El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas»

Directores: M. E. GINEBRA MOLINS
Y J. TARABAL BOSCH

Editorial: Marcial Pons 2016

esta obra y que reside no sólo en su excelente interés teórico sino también en la incuestionable transcendencia práctica que reviste para todo operador jurídico que se vea enfrentado a aplicar el RS y que a la vista de estadísticas recientes puede ocupar a un gran porcentaje.

Ciertamente, la Comisión Europea en su portal sobre justicia indica que cada año tienen lugar en la Unión Europea 450000 sucesiones transfronterizas, cuyo valor económico se estima en más de 120 billones de euros. El RS intenta dar respuesta a la necesidad generada, por un lado, por tales datos fácticos como, por otro lado, por las divergencias en la regulación sucesoria tanto internacionalprivatista como civilista vigente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, al unificar las normas de competencia judicial internacional y de autoridades, las de ley aplicable y las de reconocimiento y ejecución, así como al establecer el certificado sucesorio europeo. El objetivo perseguido con ello es el de facilitar a los ciudadanos que organicen su sucesión (considerando 7 del RS).



La obra colectiva que se reseña aborda los aspectos más relevantes y a la vez más críticos de los cuatro sectores recién listados. De este modo, la Dra. Ginebra Molins, el Dr. Tarabal Bosch y el Sr. Serrano de Nicolás, Notario y prof. Asociado de Derecho civil de la Universitat Autònoma de Barcelona, prologan la obra enunciando los aspectos clave que en la misma confluyen para dar paso a las catorce contribuciones en manos de especialistas en la materia tales como notarios, un abogado, un registrador de la propiedad y profesores de Derecho civil y de Derecho internacional privado.

La presentación y ámbito de aplicación del RS corren a cargo respectivamente del Sr. Serrano de Nicolás y la Prof. González Beilfuss, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona. Ambos autores afrontan el ámbito de aplicación del Reglamento incidiendo particularmente en los aspectos materiales excluidos del Reglamento y destacando los que en la práctica sucesoria aparecen estrechamente vinculados a otras cuestiones jurídicas regidas asimismo por sus respectivas leyes como son, por ejemplo, la liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 1.2.d) y la naturaleza y la inscripción registral de bienes muebles e inmuebles (artículo 1.2.k y l). La señalada interdependencia unida a la aplicación de diferentes leyes puede generar en la práctica problemas de inadaptación que son abordados en estas dos primeras contribuciones con el espíritu de aportar algunas soluciones. De este modo, a modo ilustrativo, la Prof. González Beilfuss señala que la eventual inadaptación entre la ley rectora de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente y la ley aplicable al régimen económico matrimonial se solventaría en clave material merced al considerando 12 del propio Reglamento.

La obra colectiva que se reseña aborda los aspectos más relevantes y a la vez más críticos de los cuatro sectores recién listados. De este modo, la Dra. Ginebra Molins, el Dr. Tarabal Bosch y el Sr. Serrano de Nicolás, Notario y prof. Asociado de Derecho civil de la Universitat Autònoma de Barcelona, prologan la obra enunciando los aspectos clave que en la misma confluyen.

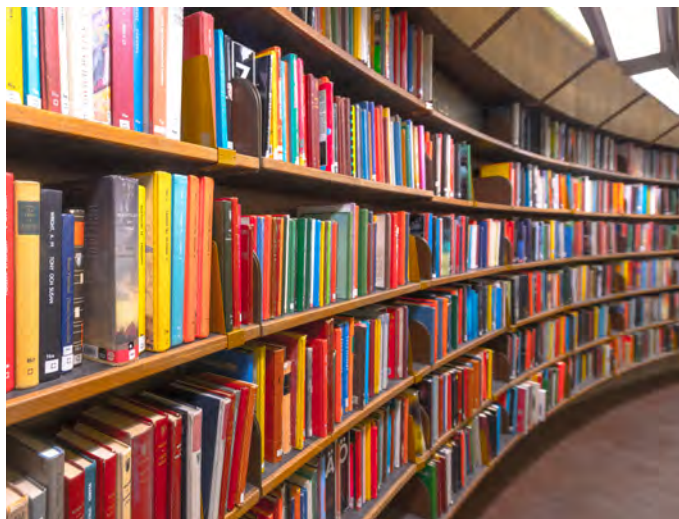
Seguidamente, la Prof. Álvarez Torné, prof. Lectora de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona, analiza las normas de competencia judicial y de autoridades destacando especialmente, por un lado, las novedades respecto del sistema autónomo que venía aplicándose en el ordenamiento jurídico español hasta el comienzo de la aplicación del RS y, por otro lado, los problemas que su aplicación práctica puede generar. Como antesala a la exposición de los criterios de competencia, la autora destaca la complejidad reinante en la definición de “tribunal” (artículo 3.2) a tenor de que España comunicara a la Comisión (artículos 3.2 y 79) que los notarios integran dicha noción sin concretar las situaciones en las que debieran excluirse por no cumplir con los requisitos exigidos por el propio artículo 3.2. Por su parte, el Prof. Carrascosa González, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia, con miras también a delimitar en qué circunstancias los notarios tendrían cabida en la definición de tribunal acuñada por el Reglamento, acomete el estudio más ge-



neral de los aspectos prácticos de la función notarial en la mayor parte de las esferas que integran el RS.

Tras el estudio de la competencia corresponde el turno a la ley aplicable. El Prof. Forner Delaygua, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona, acomete el análisis de la ley aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa* comenzando con el ámbito de aplicación de la ley sucesoria y prestando especial atención a su delimitación con las leyes que rigen otros aspectos que confluyen en la tramitación de una sucesión transfronteriza como la ley rectora del proceso y la ley rectora de la forma. Por lo que se refiere a la ley sucesoria, la misma está regida por los principios de unidad y universalidad con las limitaciones que el propio RS establece. El autor analiza tales principios junto con las conexiones recogidas por el Reglamento para designar la ley sucesoria.

Descendiendo de lo general a lo particular, el Prof. Font i Segura, prof. Titular de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra, examina la integración de los pactos sucesorios en el RS abordando, en primer lugar, su definición para luego resaltar la dificultad de aplicar las normas de competencia a litigios abiertos con anterioridad a la muerte del disponente. La contribución del Prof. Font i Segura pone de manifiesto que diversas figuras sucesorias como los pactos sucesorios que conllevan la transmisión de bienes presentes no encuentran fácil encaje en el ámbito del RS.



Por su parte, el Prof. Tarabal acomete el análisis de la adaptación de los derechos reales a efectos sucesorios (artículo 31), que será necesaria cuando no coincidan la ley rectora de la sucesión y la ley aplicable al derecho real (*lex rei sitae*), que habiendo sido adquirido por sucesión *mortis causa*, deba ser invocado en un Estado diferente al de apertura de la sucesión y el primero no contemple el derecho real tal y como lo regula la ley sucesoria.

Junto con la ley aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa*, el Reglamento regula la ley rectora de la forma cuyo estudio es asumido por la Prof. Arnau Raventós, prof. Agregada de Derecho civil de la Universitat de Barcelona, tanto respecto de las disposiciones *mortis causa* (artículos 3.1.d y 27) como de las declaraciones a las que se refiere el artículo 28. En ambos casos, la autora comienza el examen de dicha cuestión tratando la delicada cuestión de la calificación a los efectos de determinar qué aspectos integran la forma y cuáles se refieren a la validez material. El análisis de la determinación de la ley aplicable a la forma se lleva también a cabo en clave de Estado plurilegislativo, dato que merece ser destacado.

La plurilegislación es asimismo el eje vertebrador de otras contribuciones, especialmente, la del Prof. Álvarez González, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela, que aborda tres normas instrumentales en clave plurilegislativa: las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes (artículo 30), el reenvío (artículo 34) y la cláusula de orden público (artículo 35). Resulta especialmente interesante que el autor ponga de relieve cómo la materia sucesoria transfronteriza y su conexión a Estados plurilegislativos, como el español, puede llegar a redefinir tales tres normas en su aplicación práctica. Por ejemplo, respecto de la cláusula de orden público, que pueda invocar la autoridad de un Estado plurilegislativo, para evitar la aplicación de una ley extranjera, el autor señala que su operatividad se reducirá cuando las legislaciones coexistentes en el referido Estado diverjan sustancialmente entre ellas.

Y la segunda contribución que entronca frontalmente con el fenómeno plurilegislativo es la de la Prof. Ginebra Molins, dado que la misma tiene por objeto a las sucesiones transfronterizas y los Estados plurilegislativos (artículos 36 y 37). La autora estudia la designación de la ley rectora del fondo y de la forma de la sucesión *mortis causa* en clave estrictamente plurilegislativa resaltando los proble-

mas que tanto la *professio iuris* (artículo 22), como la vecindad civil y la inexistencia de vecindad civil de los extranjeros plantean en tal contexto, para explorar sus eventuales soluciones.

Por lo que se refiere al sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Sr. Bayo Delgado, Abogado, analiza el sistema que el RS incorpora siguiendo el sistema establecido en el Reglamento 44/2201 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil mercantil. Especialmente relevante es el tratamiento que el autor dispensa a las definiciones de los conceptos “resoluciones” (artículo 3.1.g) y “tribunal” (artículo 3.2) con el fin de determinar en qué medida las decisiones de los notarios y ellos mismos tienen cabida, respectivamente, en dichos conceptos según la función que desempeñen. Ahora bien, en ningún caso los notarios integran la noción de las autoridades con competencia para conceder o denegar el reconocimiento o exequátur.

La plurilegislación es asimismo el eje vertebrador de otras contribuciones, especialmente, la del Prof. Álvarez González, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela, que aborda tres normas instrumentales en clave plurilegislativa.

Los dos siguientes capítulos abordan el Certificado sucesorio europeo, como título que acredita o prueba la existencia de determinados hechos sucesorios, sin que, por consiguiente, sea título de creación *ex novo* de derechos y/u obligaciones tal y como precisa el Sr. Gómez Taboada, Notario, quien presenta al referido documento. Por su parte, los efectos registrales del certificado sucesorio europeo son tratados por el Sr. Valle Muñoz, Registrador de la propiedad. El autor pone especialmente de relieve que tanto los requisitos de inscripción en un registro público como los efectos de dicha inscripción quedan al margen del ámbito de aplicación del Reglamento (artículo 1.2.I y considerandos 18 y 19), sometiéndose, por consiguiente, a la ley del Estado miembro de registro. A partir de aquí el Reglamento reconoce al certificado sucesorio europeo como título válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro (artículo 69.5).

Cierra la obra colectiva la contribución del Sr. Domingo Castellà, Notario, dedicada a los derechos y obligaciones que se deben de tener en cuenta como consecuencia de la ley aplicable según el Reglamento y que se examinan en clave de Derecho comparado a la luz de las distintas fases que integran el proceso sucesorio con el fin de resaltar, en su caso, los puntos de divergencia y encuentro entre los diferentes sistemas legales seleccionados.

En definitiva, sólo podemos terminar como empezamos, esto es, ensalzando el interés teórico y práctico de la obra conseguido tanto por la selección del grupo de especialistas que participan en ella, como por el espíritu crítico con el que exponen sus comentarios. Aunque esta obra se sume cuantitativamente a otras que durante los últimos años han visto la luz, en términos científico-prácticos la misma merece ocupar un lugar destacado en la bibliografía sucesoria transfronteriza.

La cooperación jurídica internacional en la práctica notarial

El 21 de septiembre de 2017 tuvo lugar en el Colegio la conferencia “La Cooperación jurídica internacional en la práctica notarial”, a cargo de Ana Fernández Tresguerres, notaria de Madrid y letrada adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado. La ponente partió de la idea de que los notarios, por ser funcionarios públicos y profesionales del Derecho, ello conlleva una delimitación práctica en el contexto internacional.

Tras exponer que se basaría en un concepto amplio de cooperación jurídica, Fernández Tresguerres destacó que la Ley 29/2015, de 30 junio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, muy amplia, marcó un punto de inflexión en la práctica notarial internacional; una Ley –según afirmó– desgraciadamente desconectada de la Ley 15/2015. Así, centró su discurso en la cooperación judicial en materia civil, y en resoluciones judiciales y extrajudiciales –básicamente documentos notariales.

La ponente expuso varias cuestiones prácticas en torno a temas como las fuentes en cooperación jurídica internacional, el divorcio, las notificaciones, las actuaciones de prueba,

Ana Fernández Tresguerres habló de varias cuestiones prácticas





Vida corporativa

En cuanto a las fuentes, especificó que el Notario tiene que recurrir a la norma aplicable, dando prioridad al Derecho de la Unión Europea –competencia territorial, material y objetiva–, seguido de los convenios internacionales de los que forma parte España, así como las fuentes propias –internas o nacionales–, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y, por último, los reglamentos y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

el principio de equivalencia de documentos y los nuevos reglamentos de régimen económico matrimonial, entre otras cuestiones.

En cuanto a las fuentes, especificó que el Notario tiene que recurrir a la norma aplicable, dando prioridad al Derecho de la Unión Europea –competencia territorial, material y objetiva–, seguido de los convenios internacionales de los que forma parte España, así como las fuentes propias –internas o nacionales–, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y, por último, los reglamentos y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuanto a los tipos de documentos públicos relevantes, destacó que no existe un criterio hegemónico, sino que es preciso analizar cada Reglamento, y diferenció cuando el Notario actúa en un acto auténtico, en un documento ejecutivo, a cuando lo hace como autoridad. En este sentido, recordó que básicamente en la Unión Europea rige el notariado latino, y los estados clave entienden muy bien el documento notarial. En relación con la circulación de los documentos públicos, comentó que tienen circulaciones especiales según el tipo de documento y destacó la introducción del concepto de “aceptación” en el Reglamento 650/2012, centrándolo en la acción relativa al documento como instrumento y diferenciándolo de cuando hablamos del contenido del negocio.

En cuanto a la ejecución que lleva a cabo un Notario, destacó que no puede ser certificada como título ejecutivo europeo y, por tanto, no se considera acto auténtico. En relación con el reconocimiento internacional de las resoluciones notariales de separación y divorcio, también hizo referencia a que cada reglamento es diferente y que la normativa actual no encaja enteramente con la Ley del Notariado, por lo que recomendó que, con carácter previo a que se haga el pacto a sometimiento a la Ley española, es necesario valorar si necesitará de reconocimiento europeo en un tercer país, exponiendo la diferente casuística en torno a esta cuestión.

Por último, hizo referencia a aspectos prácticos de la aplicación del Reglamento 650/2012 de Sucesiones, que ha supuesto un antes y un después dada su compleja aplicación, y su adaptación y articulación con el resto de legislación y normativas. También hizo breves referencias al régimen económico-matrimonial y a la aplicación de los nuevos reglamentos de parejas de hecho.

Como conclusión, Ana Fernández Tresguerres aseguró que “los notarios, a pesar de los tiempos convulsos, hemos demostrado en el día a día que somos útiles para los ciudadanos en un mundo globalizado. Hoy somos el pilar de la creación de la Europa de los ciudadanos y las empresas, pero hay que seguir avanzando y buscar fórmulas flexibles para la globalización.” Entre los temas importantes en los que consideró que es preciso entrar destacan el documento electrónico, la conciliación desde una visión muy amplia o temas vinculados al Brexit.

Jornadas de Derecho Civil catalán en Cervera: un repaso al Libro Sexto del Código Civil de Cataluña

El 17 y 18 de noviembre de 2017 se celebraron las Jornadas de Derecho Civil catalán, organizadas por el Colegio, el Centro asociado de la UNED en Cervera, y la Fundación Roca Sastre, que fueron dirigidas por Jordi Pané Foix, Notario de Cervera y el Dr. Carlos Villagrasa Alcaide, Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona y Profesor-tutor de la UNED.

La inauguración de las jornadas corrió a cargo del **Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, y Carmen de Albert Roca-Sastre, Presidenta del Patronato de la Fundación Roca Sastre**. El decano del Colegio destacó en su intervención el compromiso permanente de la institución con la labor divulgativa y científica, de forma que, paralelamente a las actividades y conferencias desarrolladas en la sede del Colegio, se promueven actividades de esta natura-



leza en otros foros que sirven para acercar la divulgación de materias de tanta importancia y actualidad, como el libro VI del Código Civil de Cataluña, a un público más amplio y diverso. Por otra parte, manifestó su satisfacción por la celebración de este acto en un marco tan emblemático como la Universidad de Cervera, además de expresar su satisfacción por colaborar con la Fundación Roca Sastre, en actividades tan destacadas como dichas conferencias, dada la loable labor de esta entidad, de apoyo y fomento al estudio del Derecho y de preservación de la memoria y legado jurídico de una ilustre familia tan estrechamente vinculada a la institución notarial.

La primera ponencia corrió a cargo de **Manuel Ángel Martínez García, Notario de Barcelona**, sobre “Los principios del Libro VI del Código Civil de Cataluña y su incidencia en la protección de los consumidores.” La primera cuestión a la que hizo mención fue que la voluntad del legislador catalán ha sido la de construir un Código Civil abierto, de manera sucesiva, y que esta intención se visualiza de forma muy clara en el Libro VI, ya que, de momento, solo se ha regulado parte del Título II (los contratos, en particular), pero todavía no el Título I, relativo a la parte general de obligaciones y contratos. De ahí que, según el ponente, es necesario deducir sus principios, por una parte, de lo previsto en la Exposición de motivos y, por otra, de las instituciones concretas que se recogen en este.

En los principios del Libro VI concurren dos elementos: por un lado, el derecho tradicional catalán en materia de obligaciones: la escasa regulación que en materia contractual contenía la Compilación; y las leyes singulares dictadas para contratos concretos, que se tratan de integrar, mantener y actualizar (modernizando la regulación de la rescisión y de la venta a carta de gracia y actualizando los contratos agrarios); teniendo en cuenta la limitación que supone la competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales. Por otra parte, las elaboraciones más modernas en materia contractual, ensayadas antes en el ámbito del Derecho europeo, como son los principios resultantes del anteproyecto de Código Europeo de los Contratos del llamado Grupo Pavía, el proyecto de la Comisión Lando, el Libro Verde, de 1 de julio de 2011, sobre derechos de los consumidores y la empresa, o la Directiva de 25 de octubre de 2011, sobre Derechos de los Consumidores. La finalidad última sería unificar el derecho de las obligaciones y los contratos, romper la tradicional separación entre la materia civil y la mercantil, e integrar las normas de protección de los consumidores en la normativa civil. Sobre esto, el ponente destacó que se adopta un nuevo concepto de consumidor: no es el destinatario final sino, también, quien, a pesar de ser empresario o profesional, actúa al margen de su actividad. Además, implementan los principios de conmutatividad y de buena fe, no solo a los contratos de consumo y se remacha la imperatividad de las disposiciones legales en materia de consumo. También se hace una especial incidencia en el deber de información precontractual y en la necesaria transparencia de la publicidad. Por lo demás, destacó que se anuncia, de la mano de la regulación de la compraventa, una nueva orientación en materia de ineficacia contractual y sus consecuencias, dejando de lado posiciones clásicas más rígidas y apostando por una mayor flexibilidad en cuanto a los “remedios” derivados de esta ineficacia para lograr una mayor utilidad personal o social.

Jordi Pané Foix, Notario de Cervera, centró su exposición en los remedios de la compraventa, en una ponencia titulada “Compraventa, riesgos y remedios”. Siguiendo las líneas apuntadas por el anterior ponente, destacó, en primer lugar, que los remedios de la compraventa se enmarcan en el concepto general del cumplimiento contractual, por lo que, el Libro VI, teniendo en cuenta su sistema de aprobación y entrada en vigor por partes, plantea un doble efecto: por un lado, la necesidad de remisión, en cuanto a normas generales (que en principio deben ser reguladas en el título I, pendiente de aprobación) a las normas de Derecho civil común. Por otra parte, un efecto expansivo de los remedios de la compraventa a otros contratos sinalagmáticos. En segundo lugar, el ponente hizo notar que la cuestión del cumplimiento contractual se configura como un hecho objetivo, de adecuación de la prestación a la pactada en el contrato, mientras que la cuestión subjetiva de la diligencia en el cumplimiento del deudor es una cuestión que opera en un plano diferente al del cumplimiento, que es el de la responsabilidad del deudor. La tercera cuestión en la que se centró el ponente es que la idea de los remedios de la compraventa está íntimamente vinculada al concepto de satisfactoriedad acreedora: es cumplimiento lo que satisface el acreedor y a la inversa, incumplimiento es lo que no satisface la pretensión del acreedor. En este sentido, esta insatisfacción puede deberse a defectos materiales (lo que está muy presente en la idea

En los principios del Libro VI concurren dos elementos: por un lado, el derecho tradicional catalán en materia de obligaciones: la escasa regulación que en materia contractual contenía la Compilación y de leyes singulares dictadas por contratos concretos.



Vida corporativa

Según el nuevo artículo 623-27 el arrendatario tiene el derecho de tanteo y retracto de la finca arrendada en caso de enajenación onerosa, dación en pago o aportación a sociedad por el propietario.

de conformidad) o jurídicos de la prestación. Con respecto a esto último, la inclusión entre los deberes del vendedor de transmitir la propiedad altera el régimen del incumplimiento por evicción respecto a lo previsto en el Código Civil. En cuanto a los remedios concretos, se expusieron sucintamente graduándolos entre los que buscan el cumplimiento específico (incluyendo la reparación de la prestación defectuosa), los que consiguen el equilibrio de las prestaciones, reduciéndolas cuantitativamente (reducción del precio) y, finalmente, la resolución contractual.

Javier Cruz Gimeno, Notario de Balaguer, centró su ponencia en la regulación que hace el Libro VI de los contratos de cultivo exponiendo su régimen jurídico. Inició su exposición destacando que, en el contenido del Libro VI del Código Civil de Cataluña, se incluye la regulación de los contratos de cultivo. El contrato que merece más atención por parte del legislador es el arrendamiento rústico, que al mismo tiempo sirve de norma supletoria de los demás contratos de cultivo. Supone la regulación completa, que se fundamenta en la vigente Ley 1/2008, de 20 de febrero, de Contratos de Cultivo, confirmando las modificaciones por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre. Es, además, una normativa autónoma que no contiene ninguna remisión supletoria a la regulación estatal. Se regulan los tres contratos de cultivo tipificados: A) arrendamiento, regulado en los arts. 623-11 a 623-29; B) aparcería, los artículos 623-30 a 623-32; y C) Masovería, solo en un artículo (623-33). También se regulan otros contratos de cultivos que las partes puedan crear, pero respetando, eso sí, los requisitos esenciales de todo contrato de cultivo establecidos en los diez primeros artículos (artículo 623.1 a 623.10). La regulación se completa con el reconocimiento de dos figuras contractuales más, que no son contratos de cultivo, pero comparten Capítulo con los anteriores bajo la denominación "Contratos sobre cosa ajena" y son el contrato de custodia del territorio y el arrendamiento para pastos. La nueva regulación: I. Parte del principio general de capacidad para contratar por ser arrendador o arrendatario, si bien quien no tenga la cualificación de cultivador directo y personal, a pesar de poder ser titular de contrato de cultivo, no dispondrá de los derechos de adquisición preferentes, como expresamente indica el art. 623-8.2. II. Introduce la regulación de la cesión del derecho a abonar la finca con deyecciones ganaderas. Así, este derecho incluye en el contenido del contrato, y la negociación o cesión de tales derechos requiere siempre consentimiento escrito del cultivador. III. Mantiene el hecho de que pueden ser objeto de contrato de cultivo fincas calificadas de urbanas, si son aptas para el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, con la restricción dispuesta en el art. 623-27.1.c) que también excluye la preferencia adquisitiva del arrendatario para las fincas calificadas como urbanas o urbanizables. IV. Mantiene la duración de los 7 años que contemplaba la regulación anterior, con prórrogas de 5 años. V. Mantiene el principio de libertad de forma, ya que el art. 623-7 requiere que el contrato tenga forma escrita, a pesar de que la ausencia de este requisito no conlleva su inexistencia. VI. En materia de preferencia adquisitiva del arrendatario cultivador personal:

A) Según el nuevo artículo 623-27 el arrendatario tiene el derecho de tanteo y retracto de la finca arrendada en caso de enajenación onerosa, dación en pago o aportación a sociedad por el propietario. Es decir, se suprime la mención a la donación. Durante la tramitación parlamentaria, hubo dudas respecto a este supuesto. Finalmente, se suprimió. Se cambia así el criterio respecto a la Ley de 2008.

B) Se aclara la regulación de preferencia de arrendatarios que pretendan ejercer el retracto. Así, si la finca arrendada no se puede segregar o dividir por aplicación de la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, puede ejercer este derecho el arrendatario que tiene la porción de terreno de menor extensión y, en igualdad de circunstancias, decide la suerte.

Francisco Echevarría Summers, profesor de la UB, abogado y miembro de la Comisión de Codificación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, dividió su ponencia en dos partes. En la primera parte, relativa a la cesión de solar para obra futura destacó que la regulación del Libro VI prácticamente incorpora sin demasiados matices la regulación anterior, lo que provoca algunas disfunciones sistemáticas en contraste con el sistema traditorio establecido por la nueva regulación de la compraventa. Tras repasar su régimen jurídico, en particular los aspectos relativos al momento de la transmisión de la propiedad y sus consecuencias registrales, destacó la inadecuación de la condición resolutoria como garantía para el cedente en el caso de incumplimiento del cesionario, ya que el juego de la accesión y del enriquecimiento injusto puede provocar que el cedente tenga que indemnizar al cesionario



con una cantidad muy superior al valor del suelo. Por este motivo, enfatizó que la garantía más efectiva para el cedente sigue siendo el aval bancario.

En la segunda parte incidió en dos figuras que, si bien forman parte sistemáticamente del Libro V, por su novedad, originalidad y proyección contractual, merecían ser expuestas con cierto detalle: la propiedad temporal y la propiedad por cuotas. La propiedad temporal –destacó–, es una innovación sin precedentes en la legislación civil anterior, cuya aceptación social dependerá de un cambio de mentalidad respecto al concepto que tenemos de la

propiedad de los inmuebles, ya que supone dejar de considerarlos como un bien de inversión para considerarlos como un bien de consumo que satisface una necesidad de un momento concreto en la vida de las personas de forma más flexible y económica que la propiedad permanente. En particular, destacó que es una figura que se presenta como particularmente adecuada para facilitar el acceso a la vivienda social de forma más equilibrada, racional y adecuada al interés público que los regímenes de propiedad o alquiler. Respecto a la propiedad, presenta la ventaja de evitar la especulación con la vivienda, una vez agotado el período de control administrativo. Respecto al alquiler, evita la necesidad de relación periódica entre la Administración y el usuario, y reduce el riesgo de impago por parte de este. Otra utilidad posible es evitar los problemas que supone que muchos inmuebles adquiridos por extranjeros en poblaciones de la costa para pasar su jubilación no son reivindicados por sus herederos, provocando una situación de facto de titularidad vacante. En cuanto a la propiedad por cuotas

destacó que supone una alternativa más racional y equilibrada en los casos de compra con precio aplazado (en los que el vendedor financia al comprador) que la condición resolutoria y el arrendamiento con opción de compra, ya que sitúa al comprador y al vendedor en una posición más favorecedora de la que resulta de otras figuras más tradicionales. Por último, concluyó que la implantación de estas instituciones, además del cambio de mentalidad antes apuntado, dependerá también del tratamiento fiscal que les dé la Administración tributaria.

El segundo día de las jornadas se inició con la ponencia de **Rafael Corral Martínez, Notario de Algete** –y anteriormente, Notario de Cervera– que aportó una mirada externa a la vez que muy conocedora para analizar de forma crítica las figuras de la rescisión por lesión y la ventaja injusta. Para contextualizar su crítica comenzó con un concepto central del Derecho de obligaciones, como es el de la satisfactoriedad acreedora. Esta satisfactoriedad nace del derecho de libertad individual e implica que cada uno es el único que puede establecer qué valor tiene algo según sus proyectos de vida. La satisfactoriedad acreedora suma valores subjetivos radicalmente personales, sobre todo en el ámbito civil y no mercantil. Esto lleva a un concepto de conmutatividad jurídica, es decir, para el Derecho, un contrato es justo por el solo hecho de que ha sido deseado libremente por las partes negociales. El contrato es un combate negocial en el que cada rival lucha por lo que él quiere libremente, como libremente quiere y hasta el límite o poniendo el esfuerzo que él libremente quiere. Y, por supuesto, la clave es que cada contratante haya sido verdaderamente libre en su elección y en la defensa de su elección. La lesión en más de la mitad es puramente objetiva, es decir, resultado de una tasación de mercado externa al contrato y a los contratantes. Con eso se crea un concepto de conmutatividad económica que convierte el contrato en un instrumento inútil para que las personas puedan desarrollar sus proyectos subjetivos de vida, ya que el negocio jurídico no se sostiene por las voluntades y satisfactoriedades subjetivas de los contratantes, sino por su equivalencia económica objetiva a mercado. Por eso entiende que se debería suprimir del



Fachada de la Universidad de Cervera



Vida corporativa

Una vez realizado este análisis previo, el ponente centró su exposición en la regulación actual del Código Civil de Cataluña que, en su artículo 621-54, pretende recuperar su atractivo, proporcionando a las partes un procedimiento que, en caso de incumplimiento del comprador, restituya al vendedor en la titularidad del inmueble de una manera ágil.

Código. La lesión en la mitad o menos (novedad bajo el nombre de beneficio excesivo) tasa unas causas de debilidad legal del perjudicado y exige una conducta inmoral o deshonorable del favorecido. Pero existiendo causa legal de debilidad es un error no proteger al débil. Salvo en los casos en que su recíproco haya actuado dolosa o perversamente. Esta institución –considera el ponente– que corresponde al Derecho de la persona, sede de protección de la persona física con anclaje constitucional no como derecho fundamental, pero sí como valor constitucional que puede ser (o no) recogido y desarrollado por el Legislativo. El ponente considera que las causas de debilidad tasadas en el Código ya son atendidas suficientemente y con ventaja en otras sedes jurídicas, excepto la inexperiencia manifiesta, única que, a su criterio y tal y como sucede en el Derecho navarro, debería mantenerse. Así, citó como ejemplo de estos supuestos de inexperiencia los períodos inmediatamente posteriores a la adquisición o recuperación de la plena capacidad o aquellas figuras contractuales cuya plena comprensión, por su complejidad, no están al alcance de las personas que no tengan unos conocimientos muy específicos (por ejemplo, contratos bursátiles como los warrants, o las permutas financieras o swaps).

Francesc Xavier Francino, Notario de la Seu d'Urgell, centró su exposición en la condición resolutoria. Comenzó analizando la función de la condición resolutoria o pacto de Lex Commissoria, como instrumento de garantía en virtud de la cual, si el comprador no satisface el precio aplazado en el plazo convenido, el vendedor, mediante simple notificación, judicial o notarial, de voluntad resolutoria, recupera la propiedad de la cosa vendida y, eventualmente, retiene todo o parte de los importes recibidos en concepto de indemnización de daños y/o cláusula penal; esta energía y automatismo la presentaba como un mecanismo ágil y eficaz de protección del vendedor, que la constituyó en un mecanismo muy frecuente de garantía del precio aplazado. Ese mismo éxito hizo que, en situación de crisis económica, se convirtiera en un problema no solo económico, sino también social ante la avalancha de resoluciones de contratos por incumplimiento en que el comprador, a veces por el impago de pequeñas cantidades, no solo perdía la propiedad del inmueble adquirido, sino también la parte de precio satisfecho hasta entonces. La solución al problema fue la desnaturalización de la institución, sometiéndola a tal cantidad de condicionantes, limitaciones y requisitos, que perdió su utilidad ante la mejor opción que representaba la garantía hipotecaria.

Una vez realizado este análisis previo, el ponente centró su exposición en la regulación actual del Código Civil de Cataluña que, en su artículo 621-54, pretende recuperar su atractivo, proporcionando a las partes un procedimiento que, en caso de incumplimiento del comprador, restituya al vendedor en la titularidad del inmueble de una manera ágil, es decir, sin depender de la voluntad del comprador y sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial, al tiempo que evite que estas limitaciones en las facultades de defensa u oposición del comprador den amparo a abusos o perjuicios ilegítimos para él o por los terceros titulares de derechos posteriores que se deben extinguir como consecuencia de la resolución. Esto se articula distinguiendo dos niveles de exigencia legal:

- un nivel básico, regido por el principio de libertad de pacto y sujeto únicamente a los requisitos del número primero del art. 621-54, que en su ejecución seguirá quedando sometido al régimen general que exige, o bien la conformidad del comprador a la resolución o bien sentencia judicial que avale la validez y legitimidad de los términos de la condición resolutoria.

- y un nivel cualificado en el que, la observancia de unas condiciones superiores y limitaciones previas, principalmente establecidas en el número segundo del artículo, junto con la intervención y el control notarial tanto de la formalización como del desarrollo de la venta y de su resolución, hacen presumir la validez y legitimidad de la cláusula y, en consecuencia, permiten su ejecución extrajudicial, sustituyendo el control judicial previo de la resolución por una afección temporalmente limitada de los bienes, ya recuperados por el vendedor, al pago de las cantidades que fueran procedentes en interés del mismo comprador y de los terceros afectados por la resolución.

La **Dra. Lidia Arnau Raventós, profesora agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona**, trató de la compraventa a prueba o ensayo (art. 621-6 CCCat). Propuso una lectura en virtud de la cual lo que queda suspensivamente condicionado es la eficacia del negocio, en ningún caso ni la perfección ni, solo, la exigibilidad de las obligaciones. Eso permite alejarla tanto de la modalidad prevista en el art. 328 del Código de Comercio como



de la facultad de desistimiento de origen convencional (art. 79 RDL 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). A diferencia del art. 1453 del Código Civil español, la norma catalana explicita el hecho incierto en el que consiste la condición (así, la aprobación del comprador) que, según la ponente, se configuraría jurídicamente como acto jurídico en sentido estricto. Más allá, se destacó el carácter de deber instrumental del consistente, a cargo del vendedor, de facilitar el examen del bien o producto durante el plazo de prueba.

El **Dr. Carlos Villagrasa**, en su ponencia, se apartó de la temática del resto de las jornadas para analizar una materia conexas cronológicamente con el Libro VI: la Ley sobre Voluntades Digitales y de Modificación de los libros Segundo y Cuarto del Código Civil de Cataluña, Ley 10/2017, de 27 de junio, de las Voluntades Digitales y de Modificación de los libros Segundo y Cuarto del Código Civil de Cataluña. Para contextualizar esta materia destacó el espacio que ocupa en la vida de las personas la identidad virtual y las extraordinarias posibilidades de proyección comunicativa que otorgan las redes sociales (así como los riesgos inherentes a estas). La importancia de este fenómeno contrasta con la escasa atención que le dedica la legislación. La Ley aprobada por el Parlamento de Cataluña supone un primer paso en esta materia. Analizó los diferentes aspectos de la Ley, su conexión con el derecho a la identidad y, en particular, desde la perspectiva del Derecho de familia, destacó la inclusión de la identidad digital de menores e incapacitados en el propio ámbito del control ordinario de la potestad parental y de la tutela, en desarrollo del deber general de cuidado de los hijos y de procurar formación integral. Asimismo, destacó el aspecto sucesorio de la identidad digital, ya que junto con el contenido típico del testamento (patrimonial o no) la Ley reforma algunas disposiciones del Libro IV para facilitar que el testamento pueda contener previsiones relativas a la identidad digital (si bien parece que, de momento, solo para extinguirla).

Josep Delfi Guàrdia Canela, miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, ex Consejero de Justicia de la Generalitat y Patrono de la Fundación Roca Sastre clausuró las jornadas exponiendo la cuestión competencial del Libro VI y, en general, del Derecho civil catalán. En su ponencia delimitó el marco competencial establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española. Expuesto el derecho positivo, hizo mención de las distintas teorías sostenidas por la doctrina constitucionalista sobre el alcance de estas competencias, distinguiendo entre las posturas minimalistas, las intermedias y las maximalistas, así como la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta materia. Una vez delimitado el marco general, destacó las especiales dificultades que en esta materia representa el Libro VI, ya que su tope constitucional establecido en la Constitución por la expresión de "bases de las obligaciones contractuales" se mueve en contornos menos delimitados que las demás materias reservadas por el artículo 149.1.8 a la competencia del Estado. Precisamente esta dificultad técnica explica en parte que el Libro VI haya sido el último en aprobarse y que solo haya entrado en vigor uno de los tres títulos que tienen que componer el libro total. Asimismo, explicó el estado en el que se encuentra el Libro VI desde el punto de vista constitucional, impugnado ante el Tribunal Constitucional, pero con la suspensión levantada. Curiosamente, resaltó, esta impugnación no se fundamenta en la infracción de la competencia exclusiva del Estado, sino en la falta de conectividad. Para concluir, hizo especial énfasis en que, por importante que sea el aspecto institucional, lo es tanto o más el valor que le den sus usuarios. La subsistencia y el éxito del Derecho civil catalán depende de que los profesionales y docentes del Derecho conozcan, enseñen y apliquen el Derecho catalán, como un instrumento adecuado a la resolución de conflictos.



Jornada Hipotecaria

El 16 de octubre de 2017 tuvo lugar una Jornada Hipotecaria en la que se repasó la legislación en este ámbito, con el objetivo de poner en valor el documento público, del que se nutre el Registro, centrándose en la vertebración de la realidad física, la realidad catastral y la realidad registral, de las que, en caso de descoordinación, “puede producirse inseguridad jurídica”, como afirmó **Javier Martínez Lehmann, Notario de Barcelona y Coordinador de la Jornada**.

La primera ponencia fue a cargo de **Víctor Esquirol, Notario de El Masnou**, titulada “La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”. En esta, el ponente habló de esta coordinación, de la inscripción de las modificaciones de las entidades hipotecarias y de los elementos descriptivos de las fincas registrales desde la Ley 13/2015. Tras exponer el concepto de “coordinación” y su finalidad, se centró en el contorno perimetral, la relación con la “concordancia” y las fincas en las que se aplica. Por otra parte, expuso los requisitos de la coordinación –la rogación, la rogación tácita, tiempo y forma de realizar la solicitud y manifestación de los otorgantes–; y el procedimiento en los casos en que no haya coincidencia entre la descripción registral y la catastral, diferenciando si la finca está inmatriculada o si no lo está. Finalmente habló de la incorporación de la representación gráfica en el folio real y sus requisitos –aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica (CCDG) y/o de la representación gráfica alternativa (RGA)–, la correspondencia entre la CCDG y la descripción literaria, y la notificación de los titulares registrales afectados. Por último, repasó brevemente la coordinación gráfica de las modificaciones de entidades hipotecarias, exponiendo las consideraciones generales recogidas en el art. 9 de la Ley Hipotecaria, su ámbito de aplicación, las fincas registrales efímeras, las comunicaciones de los notarios, la agrupación y agregación, y la segregación.

La segunda ponencia, “Exceso de cabida y modificación de superficie”, a cargo de **Ignacio Boisán, Notario de Barcelona**, hizo un breve repaso del procedimiento recogido en la legislación vigente y un análisis casuístico de las resoluciones más interesantes. El ponente aseguró que la solución

a esta cuestión pasa por una correcta extensión y descripción de la finca en el Registro. Definió el concepto de exceso de cabida, y su rectificación y regulación, teniendo en cuenta una “casuística infinita”. También habló de la tramitación del acta, de la competencia del Notario, de la no necesidad de unidad de acto en esa cuestión, los efectos fiscales, la importancia de sistematizar y regular bien todo el conjunto de notificaciones durante la tramitación del expediente y de la diligencia de cierre.



La Jornada analizó aspectos como la coordinación Registro-Catastro o la declaración de obra nueva, entre otros.

titularidades reales para evitar el blanqueo de capitales y el terrorismo– como aspectos privados –como la identificación, la capacidad o la legitimación. El ponente expuso los conceptos clásicos de obra nueva antes de actualizar su concepto. También hizo un repaso a la legislación aplicable y las dudas que genera, exponiendo casos especiales y diferentes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Habló de la calificación notarial de la escritura, de los controles y documentos a exigir genéricamente en las obras nuevas según el artículo 28.1 de la Ley del Suelo (LS); de la georreferenciación, y de los controles y documentos a exigir específicamente en las obras nuevas según el artículo 28.1 LS de obra terminada. Por último, habló de especialidades de la obra del autopromotor, de medios para acreditar obras “antiguas” y de modificaciones de obras: ampliación por prescripción, modificación por rehabilitación y cambio de uso. Para terminar, presentó unas breves notas sobre el régimen fiscal de la base imponible en diferentes supuestos.

La Jornada fue clausurada por **Joan Carles Ollé, Decano del Colegio**, quien afirmó que “la Ley 13/2015 de Reforma del Catastro y la Ley Hipotecaria han sido un paso adelante, y el Notariado la valora positivamente, a pesar de las dificultades que surgen dada su gran complejidad técnica”.



Antoni Bosch (derecha, al lado del Decano), notario de Barcelona, hizo un repaso a la función notarial y a las perspectivas de futuro.

Segundo año de colaboración de los notarios y la Escuela Judicial en la formación de futuros jueces

Los días 6 y 7 de noviembre de 2017, fruto de la colaboración iniciada el año pasado entre el Colegio Notarial de Cataluña y la Escuela Judicial, varios notarios participaron en la formación que reciben los futuros jueces. Lo hicieron en el marco de las Jornadas de Formación de nuevos jueces durante dos días que tuvieron lugar en la sede de la Escuela Judicial, ubicada en Vallvidrera (Barcelona) y en el Colegio.

De esta forma, los futuros jueces que actualmente están recibiendo formación en la Escuela Judicial, sede estatal donde los jueces aprobados

por oposición desarrollan durante dos años los conocimientos prácticos y las competencias necesarias antes de comenzar a ejercer su profesión, asistieron durante la primera jornada a ponencias impartidas por los notarios de Barcelona Jesús Fuentes, Manuel Ángel Martínez, Ángel Serrano y José Alberto Marín, sobre “El valor probatorio de los documentos notariales. Las actas. Peticiones de copia. Problemas de capacidad de los otorgantes” y sobre “El papel del Notario en las operaciones financieras y con los consumidores”. La segunda jornada se desarrolló en once despachos notariales, que visitaron reducidos grupos de jueces y donde tuvieron la oportunidad de conocer de primera mano el día a día de una notaría y los principales documentos que autorizan los notarios.

Por último, en el Colegio Notarial de Cataluña tuvo lugar una reunión informativa, a cargo de Antoni Bosch, notario de Barcelona, quien hizo un repaso a la función notarial en nuestro país, introduciendo también conceptos como Blockchain o la identidad pública digital, y reflexionando acerca de las perspectivas de futuro de la profesión. Finalmente, se celebró una sesión plenaria para hacer balance de las Jornadas, que se cerró con la intervención de Joan Carles Ollé, decano del Colegio. Durante su intervención, Ollé recordó la importancia que tiene para los notarios la función del juez, que definió como “clave y decisiva, siendo la piedra angular del sistema jurídico de nuestro Estado de Derecho. La función jurisdiccional –prosiguió– constituye un poder del Estado que articula el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, que es, en definitiva, la principal garantía de los derechos y las libertades civiles que regula nuestra Constitución”. En cuanto a la función notarial, complementaria a la judicial, recordó que “el Notario ejerce la función pública por delegación del Estado desde la independencia e imparcialidad, en su doble condición de funcionario público y profesional del derecho”, así como que “ejerce una justicia preventiva, de evitación del conflicto”, momento en el que recordó que existe un índice muy bajo de litigiosidad en los documentos notariales. Además, afirmó que “el Notario es un colaborador del juez y siempre está a su disposición para colaborar y ayudar, siendo un ejemplo muy claro la colaboración en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales”.

También como el año anterior, y fruto de la colaboración con el Programa de Intercambio de Autoridades Judiciales del Consejo General del Poder Judicial, unos días después el Colegio acogió la visita de un grupo de 16 jueces procedentes de varios países de Europa. Recibidos por el Decano, y después de atender la conferencia del Notario de Barcelona, Antoni



Vida corporativa

Bosch, quien hizo un repaso a la función notarial en nuestro país, introduciendo también conceptos como el blockchain o la identidad pública digital, y reflexionando acerca de las perspectivas de futuro de la profesión, los magistrados visitaron la sede colegial e intercambiaron experiencias y aclararon dudas sobre la labor que desarrollan los notarios en nuestro país.

El Programa de Intercambio se enmarca dentro de las acciones programadas por la Red Europea Judicial de Formación (REJF), la principal plataforma, creada en 2000, para promover la formación y el intercambio de conocimiento de la judicatura europea. Cuenta con más de 120.000 jueces, fiscales y formadores en toda Europa.

El Colegio se incorporó el año pasado al programa de visitas a diferentes instituciones vinculadas, de una forma u otra, a la judicatura. Así, este grupo de jueces europeos –en esta ocasión procedentes de Italia, Países Bajos, Croacia, Rumania, Finlandia, Polonia, Estonia, Austria y Grecia– conocieron de primera mano las principales características de la función notarial en nuestro país, acompañados también de representantes del Consejo General del Poder Judicial, institución que promueve el programa a través de la Escuela Judicial.

Esta colaboración refuerza los vínculos del Notariado con entidades internacionales y su importante posicionamiento en el ámbito de los operadores jurídicos europeos.

Recordemos que el Director General ha participado con anterioridad en varias jornadas que han tenido lugar en el Colegio, siendo la última de estas la celebrada el pasado 8 de marzo de 2017, en el marco de la Jornada Hipotecaria en la que también contamos con la presencia del ministro de Justicia, Rafael Catalá.

Visitas institucionales: el director general de los Registros y del Notariado y una delegación del Notariado de Cuba

En el marco de la agenda de reuniones institucionales que mantiene permanentemente la Junta Directiva con representantes de la Administración y de instituciones nacionales e internacionales, el Colegio acogió el pasado 16 de noviembre de 2017 la visita del Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico, quien visitó el Archivo de Protocolos de Barcelona, ubicado en la misma sede colegial, y posteriormente se reunió con la Junta Directiva, en un encuentro en el que tuvieron ocasión de comentar los principales temas de interés en el ámbito de la justicia.

Recordemos que el Director General ha participado con anterioridad en varias jornadas que han tenido lugar en el Colegio, siendo la última de estas la celebrada el pasado 8 de marzo de 2017, en el marco de la Jornada Hipotecaria en la que también contamos con la presencia del ministro de Justicia, Rafael Catalá.

Por otra parte, el 12 de enero de 2018 también nos visitó una representación del Notariado de Cuba, que tuvo la oportunidad de conocer de cerca el Colegio y la función notarial en nuestro país.

Una delegación de notarios de Cuba visitó el Colegio Notarial de las Islas Canarias, acompañados de Alfonso Cavallé, decano del Colegio de Notarios de las Islas Canarias y presidente de la Comisión de relación con los consumidores del Consejo General del Notariado.





En las Jornadas se trataron cuestiones como el Mifid II, la impugnación de los contratos de inversión o la prenda catalana.

Jornadas sobre Productos Financieros

Coordinadas por **Ángel Serrano, Notario de Barcelona**, y **Ignacio Farrando, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra**, los pasados 29 y 30 de noviembre tuvieron lugar las Jornadas sobre Productos Financieros, que reunieron a reconocidos expertos en esta materia. La primera jornada se centró en la regulación, básicamente, mientras en la segunda se trataron los productos propiamente.

Sol Bourgon Camacho, del Departamento de Estrategia y Relaciones Institucionales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, habló del “Mifid II: claves de la reforma”, ofreciendo una visión panorámica y generalista del conjunto regulatorio, desde los antecedentes de Mifid II –básicamente la Directiva 93/22/CEE y la Directiva 2004/39/CE (Mifid I)– hasta las 27 normas de desarrollo existentes en forma de reglamentos, guías técnicas,

etc. Expuso que la revisión de Mifid, dos años después de su entrada en vigor (2009-2010), estuvo motivada por la crisis financiera y la evolución en los mercados, destacando la creación del European Single Rule Book –para crear un marco europeo de servicios y abaratar costes–, y el tratamiento en la agenda del G-20 Pithburg. Como principales objetivos del Mifid II destacó poder contar con una mayor transparencia en precios, una mayor protección de los inversores y la necesidad de mantener la estabilidad financiera del sistema en su conjunto. En cuanto a la transposición de Mifid II, destacó el nuevo proyecto de ley del mercado de valores y el real decreto de desarrollo, la tramitación por el MEIC, y la colaboración de la CNMV, y comentó diferentes consultas públicas realizadas al respecto. En cuanto a las novedades, destacó la referente a los centros de contratación, los mercados; a la protección del inversor; a las nuevas facultades otorgadas a los supervisores; y a la armonización y refuerzo del ámbito sancionador.

Emilio Díaz Ruiz, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y socio del despacho de abogados Uría Menéndez, se centró en la “Identificación del riesgo de los productos financieros y las consecuencias de su incumplimiento”, una cuestión que, según afirmó, ha preocupado bastante a los supervisores, a la CNMV y al Banco de España. Repasó la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este tema, y situó su origen en el hecho de que el inversor no estaba informado verdaderamente de los riesgos. Revisando el estado actual y el futuro en cuanto a la obligación de información de los riesgos a los inversores, repasó tanto las normas comunitarias –actualmente sobre todo directivas que requieren de transposición–, como la legislación de la UE más reciente, por medio de reglamentos y normas de aplicación directa, sobre todo después del Tratado de Lisboa. Así, repasó la normativa comunitaria general y la especial, destacando algunos de los reglamentos. Finalmente, hizo mención del Real Decreto de Empresas de Inversión, que hace mención a la exigencia a todos los prestadores de servicios de información sobre la naturaleza y el riesgo de los productos con información clara, completa, imparcial, no engañosa y actualizada, tanto para el inversor minorista como para el profesional.

El magistrado **Juan F. Garnica Martín, Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona**, expuso “La clave de la impugnación de los contratos de inversión: el error vicio”. El ponente analizó la respuesta que están dando a los conflictos que tienen que ver con contratos de inversión, centrándose en los swap y la comercialización de preferentes. Así, hizo un amplio repaso a la obligación de información y de indagar sobre los conocimientos y la experiencia del cliente, fijados en el artículo 79 de obligaciones de diligencia y transparencia, basado en la buena fe contractual. El ponente explicó que el deber de informar no es puramente formal y se establecen consecuencias en caso de infracción. También habló de si cabría la nulidad por error vicio, momento en el que repasó la doctrina del Tribunal Supremo al respecto. A su juicio, ha habido cambios de criterio jurisprudencial que ponen de manifiesto la necesidad de una nueva construcción sobre el error dado que consideró que el fundamento del error radica no tanto en los vicios de la voluntad, sino en llevarlo a los conflictos que surgen en el contrato, en la línea como se reconstruye la doctrina del Tribunal Supremo en estos momentos.



Vida corporativa

La segunda Jornada contó con la participación de Abel Veiga Copo, Profesor Propio Agregado de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, quien expuso el tema “Productos de inversión basados en seguros (PRII’s): reglas de protección”.

Finalmente, **Víctor Asensio Borrellas, Notario de Malgrat de Mar y Secretario de la Junta del Colegio**, habló de “Garantías reales de los productos financieros: la prenda catalana”. Distinguió entre los productos de ahorro –como depósitos o cuentas de ahorro–, productos de inversión –brokers, fondos de inversión, planes de pensiones– y productos de financiación –préstamos y créditos. En relación con los productos financieros, analizó la prenda catalana desde dos puntos de vista: la prenda como garantía real y accesoria –de financiación–, y la prenda que tiene por objeto un producto financiero –de ahorro, de inversión, de financiación, es decir, la prenda de créditos. En cuanto al ámbito de aplicación de la prenda catalana, distinguió su ámbito temporal, espacial y objetivo. De ese modo, repasó el Libro V del Código Civil catalán y la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (LHMPD), ambos derechos reales y sin relación de jerarquía, y el CCC y las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005. También hizo referencia a los elementos personales de la prenda catalana, como los pignorantes o el depositario. Destacó la novedad que supone tener que determinar la cantidad máxima que se garantiza, y fue crítico con la responsabilidad máxima garantizada. Finalizó su intervención haciendo mención de la indivisibilidad, cuando existe pluralidad de prendas/obligaciones; la pluralidad de objetivos del pignorado –por pacto, conjunto, efectos de la sustitución, etc.– y los requisitos de los bienes fungibles y de la cartera de valores.

La segunda Jornada contó con la participación de **Abel Veiga Copo, Profesor Propio Agregado de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid**, quien expuso el tema “Productos de inversión basados en seguros (PRII’s): reglas de protección”, unos productos, según afirmó, que afectan a todas las patas del sistema financiero –el mercado de valores, el de entidades de crédito y el de seguros–, añadiendo ingeniería financiera a términos jurídicos para obtener un producto puro y duro de seguro, con un riesgo y un interés. La repercusión de estos productos –comentó–, no la tienen por el producto en sí, sino por la falta de información sobre este, dada su gran complejidad, sumado al momento de crisis financiera. El ponente hizo un repaso a la Ley del Contrato de Seguros, antecedente de la Ley de los Consumidores y Usuarios. Expuso que actualmente los contratos cuentan con formularios y condicionados, pero existe una unilateralidad en la negociación, es decir, a pesar de recibir más información no se negocia nada. A pesar de la ambigüedad de su naturaleza jurídica, lo más cuestionado han sido los defectos en la información. ¿Cómo y quién dibuja los condicionados? El consumidor tiene problemas para interpretar los contratos y condicionados, hay dudas sobre cómo categorizar estos productos y se discute cuál es su naturaleza jurídica, es decir, ante qué producto estamos y cuál es el riesgo. También se preguntó si existe o no causa asegurativa y aseguró que hay un problema con el grado de cognoscibilidad objetiva que el asegurado tiene sobre este producto, un negocio *intervivos*, pero con efectos *mortis causa*. Para el ponente, estamos ante un genuino contrato de seguro con un mínimo componente de producto financiero. Como información clave consideró saber el riesgo que se asume, la rentabilidad y la liquidez. Hizo un repaso al reglamento 1286 y al reglamento de distribución del seguro de 20 de enero de 2016, que regula específicamente determinados elementos de información, asesoramiento y contenido material de la información, y repasó algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia. Aseguró que los PRII’s buscan fijar unas reglas de protección frente a la sofisticación de este producto, de difícil comprensibilidad, y recordó la importancia de conocer la opción de rescate, vinculaciones, etc. teniendo en cuenta que se trata de contratos de seguros de relación duradera. Finalmente, expuso el artículo que regula ventas cruzadas, asesoradas, etc. y la Orden de 5 de noviembre de 2015 que especifica tres ejes: el principio de homogeneidad, simplicidad y transversalidad, distinguiendo el criterio temporal, subjetivo y el sustrato esencial. En definitiva, afirmó, estamos ante productos de seguro que se han ido desnaturalizando y donde las fronteras se han diluido.

Xavier Foz Giralt, socio del despacho de abogados Roca Junyent, habló de “Crowdfunding: situación actual y algunos problemas”. Expuso que el Fintech –la prestación de servicios financieros utilizando la tecnología– se ha visto en los últimos años impulsada por la crisis financiera, que ha propiciado la contracción del crédito y la necesidad de buscar fuentes de financiación alternativas. A lo que se ha sumado la irrupción tecnológica de plataformas en internet, el avance de los smartphones y la irrupción de la economía colaborativa en la actividad económica. En cuanto a tipo de crowdfunding, diferenció los que tienen una contraprestación, los financiadores, los de denominación, los de trabajo típico y los de dimensión, respecto a los de recompensa –donde se precomercializa un producto o servicio premium–, donación –es el caso de las aportaciones a un centro de investigación–, de capital –como la suscripción de acciones o participaciones en el capital de una empresa–, y de préstamo –cuando se financia vía deuda, el crowlending propiamente. Posteriormente, hizo un repaso a algunas de las principales plataformas que operan en España, donde el fenómeno todavía es incipiente. Con



Por su parte, Luis Rodríguez Vega, Magistrado de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, habló del concepto de asesoramiento financiero, del que expuso que preocupa la respuesta judicial que hay que dar a un incumplimiento o un defecto de forma, vicio de consentimiento, etc.

todo, el ponente afirmó que los bancos cada vez son más tecnológicos, y España es actualmente el quinto país del mundo en la adopción de plataformas Fintech de consumo, con más de 200 empresas que dan trabajo a 5.000 personas. Analizó la regulación, básicamente de la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial (Título V), campos en los que hemos sido pioneros solo por detrás de Reino Unido. Esta ley incluye mecanismos de protección de los inversores, aunque plantea algunos problemas como los requisitos de autorización, la definición de “proyecto financiable”, la interpretación de los términos “préstamo” o “garantías”, o la prohibición de servicios de asesoramiento, entre otros. Entre las inquietudes del sector, hizo patentes las dificultades del encaje del sistema notarial en la operativa –dado que aboca a la firma de contratos privados a través de plataformas de firma digital–, la dificultad de acceder a procedimientos judiciales ejecutivos, problemas en la representación judicial, los mercados secundarios, los agentes, la derivación de operaciones de la banca y el establecimiento de deducciones fiscales. Concluyó que es necesario encontrar el equilibrio entre la protección del inversor y el proteccionismo.

Por su parte, **Luis Rodríguez Vega, Magistrado de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona**, habló del concepto de asesoramiento financiero, del que expuso que preocupa la respuesta judicial que hay que dar a un incumplimiento o un defecto de forma, vicio de consentimiento, etc. Revisó el marco legal de la Unión Europea y el nacional, analizando las normas de protección del inversor. En cuanto a las dudas, se preguntó si el asesoramiento se hace en relación con una o más operaciones sobre instrumentos financieros, qué se entiende por asesoramiento genérico y habló del test de idoneidad, distinguiéndolo del de conveniencia. Finalmente repasó algunas sentencias del Tribunal Supremo y de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El último ponente, **Pere Albiol Marés, Notario de Mataró**, expuso el tema del “Factoring desde el punto de vista notarial”, una cuestión que plantea varios problemas jurídicos. Definió el factoring como un contrato mixto, de cesión de créditos, en el que el banco toma garantía de los créditos y los gestiona, aplicando unos intereses y teniendo la posibilidad de comercializar otros productos. Repasó la legislación vigente y las posibles interpretaciones. Se cuestionó si el banco compra, paga o cobra. Según el ponente, esta última sería su lectura, dado que cobra unos intereses y unas comisiones. Expuso cómo se lleva a cabo la cesión, habló del factoring con recurso y sin recurso, y recordó que el factoring es un contrato múltiple que incluye varios contratos. Por otra parte, analizó la posibilidad de revocación o de existencia de poderes. En definitiva, puso de manifiesto que el factoring es una garantía atípica, por ser el que consideró un contrato bancario de financiación, como un préstamo. Repasó los problemas jurídicos, como cuáles son los elementos personales, qué sucede en el supuesto de asociaciones y fundaciones o en el caso de sujetos extranjeros. Finalmente, repasó desde la legislación catalana y española conceptos como los elementos reales –la diferencia entre crédito y pago o la forma de entrega–, elementos formales –exponiendo que el factoring se instrumentaliza como póliza–, y el contenido –preguntándose si es necesario señalar cantidad o garantías, y asegurando que no se tiene que rechazar el factoring que no tiene cuantía.

El abogado Pablo Salvador Coderch recibe el Premio Puig Salellas 2017

El pasado 14 de diciembre tuvo lugar en el Colegio Notarial de Cataluña el acto de entrega del IX Premio Puig Salellas, que este año se ha otorgado a Pablo Salvador Coderch, abogado y catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. Salvador es fundador de la revista digital InDret, socio del despacho Cuatrecasas, miembro del American Law Institute y del European Law Institute, fue presidente de la Sección de Obligaciones y de la Comisión de Codificación de Cataluña y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, entre otros.



Vida corporativa



Pablo Salvador recibió el galardón de manos del Director General de los Registros y del Notariado.

Se trata del máximo galardón que otorga anualmente el Colegio para reconocer a una persona o institución que, en el ámbito de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho.

La exposición de motivos del acuerdo tomado por la Junta Directiva del Colegio menciona que es merecedor del galardón “en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria jurídica, habiendo destacado durante varias décadas en los campos académico, científico, del ejercicio de la abogacía y de la función pública, con amplísimo reconocimiento por el conjunto de la comunidad jurídica. Sus profundos y valiosos estudios jurídicos en distintas áreas, particularmente en el campo del Derecho civil, en el que es uno de los investigadores más relevantes, con especial mención a sus excepcionales aportaciones en el ámbito del derecho de daños, así como su larga y brillante trayectoria académica en varias universidades, en particular, la Universidad

Pompeu Fabra, donde se ha convertido en maestro y referente y, en definitiva, su prestigio de gran abogado con proyección internacional, lo han consolidado desde hace años como una figura jurídica de primerísimo rango en Cataluña y el conjunto del Estado”.

En un acto que reunió a más de un centenar de personas, entre estas a numerosas autoridades del mundo jurídico, Pablo Salvador Coderch recibió el galardón de manos del Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico, acompañado del Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé. Este afirmó, en el transcurso de su intervención, que “el premio se ha consolidado ya como un referente de primer orden en el mundo jurídico catalán, y ha puesto de relieve, una vez más, el muy alto nivel de excelencia de nuestros juristas, del que nuestro premiado es un ejemplo muy destacado.”

Encarna Roca Trías, Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, fue la encargada de glosar la figura del homenajeado.

En las ocho ediciones anteriores el premio recayó en: todos los que fueron consejeros de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en reconocimiento a su contribución al proceso de actualización del Derecho Civil catalán (Iª edición); Juan Vallet de Goytisolo (IIª edición); José Juan Pintó Ruiz (IIIª edición), Encarna Roca (IVª edición), Robert Follía (Vª edición), Ferran Badosa (VIª edición), Lluís Puig i Ferriol (VIIª edición) y Juan José López Burniol (VIIIª edición).

Pablo Salvador Coderch (Barcelona, 1949) se licenció en Derecho (1971) y en Ciencias Económicas (1973) por la Universidad de Barcelona. Doctorado en Derecho por la Universidad de Bolonia (1975), ha sido catedrático de Derecho civil en varias universidades, actualmente en la Universidad Pompeu Fabra. Fue fundador de la asociación Grup d'Estudis de Tècnica Legislativa-GRETEL (1985), magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Mitra d'Andorra (1989-1993), Director General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya (1993-1995) y fundador de la revista electrónica InDret (1999). Desde 1997 es socio de Cuatrecasas. Es miembro de distintas instituciones europeas, entre estas la American Law Institute, la International Academy of Comparative Law y el European Law Institute. También fue presidente de la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Cataluña y es miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña.

Ha ejercido numerosos arbitrajes, especialmente en el ámbito internacional; ha participado en muy distintos proyectos legislativos, especialmente en el ámbito del Derecho civil de Cataluña, y también ha participado en la evaluación de profesorado y en proyectos de investigación. Ha realizado estancias de investigación en centros y universidades de todo el mundo.

En cuanto a publicaciones, ha publicado numerosos artículos en el ámbito del Derecho privado y ha colaborado como articulista en *La Vanguardia* (1991-2000) y en *El País* (desde el año 2000).

Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la actualidad del Colegio en un solo click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**