

LaNotaria

Número 3 | 2013

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

La Ley de Emprendedores, a fondo

El Notariado internacional se reúne en Barcelona

«Es un orgullo que Barcelona
sea un referente en la vanguardia
jurídica internacional»

Entrevista a Xavier TRIAS VIDAL DE LLOBATERA
Alcalde de Barcelona

«La nueva demarcación notarial
supondrá una reducción del número
de notarías de Cataluña»

Entrevista a Santiago BALLESTER MUÑOZ
Director General de Derecho
y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña

TRIBUNA

Ángela Villanueva Romero
Martín Garrido Melero
Javier Micó Giner
Juan-José López Burniol

DOCTRINA

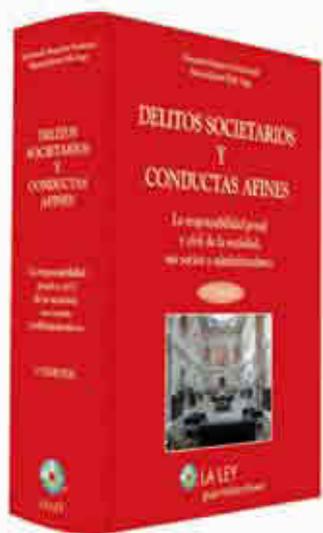
La Ley de apoyo a los emprendedores y su
internacionalización. Aspectos mercantiles
La «parcialidad del goce» como clave típica
de las servidumbres

PRÁCTICA

Consideraciones fiscales relativas a la extinción
del régimen de condominio
El régimen de la propiedad urbana tras la Ley 8/2013
Sobre competencia territorial del Notario para
la autorización de determinadas actas de notoriedad

NOVEDAD

DELITOS SOCIETARIOS Y CONDUCTAS AFINES. 3.ª EDICIÓN



AUTORES:

**Fernando Sequeros
Sazatornil y
Manuel-Jesús Dolz Lago**

PRECIO

137,50 € + IVA

- La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores
- La proliferación de escándalos financieros en los últimos tiempos — abordada por los autores, en muchos de los casos, con la cautela y la prevención necesariamente impuestas por su situación procesal en los juzgados y tribunales o la tramitación de los correspondientes expedientes en la CNMV— por los que se hallan imputados en la actualidad casi un centenar de banqueros, amén de un sinfín de empresarios, relacionados con la presunta comisión de delitos societarios, apropiación indebida, falsedades y estafas, publicidad engañosa o uso de información privilegiada entre otros, justifica por sí sola la publicación de obras como la presente, en las que la necesidad de investigar penalmente la entidad de determinadas conductas, más allá de las malas prácticas, debe imponerse a la codicia y oportunismo de sus artífices.

→ *Páginas: 1.518 / Encuadernación: Tapa dura con sobrecubierta*
ISBN: 978-84-9020-259-3

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

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

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.wke.es>



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Wolters Kluwer. When you have to be right

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño y Producción: LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.

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

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Dos leyes de apoyo a los emprendedores

La creación de empleo y el fomento de la actividad económica es algo imperioso en la actual situación de tan incipiente como débil recuperación del estado de post-tracción en que se encuentra todavía nuestra economía. Con ello se solucionarían en gran medida casi todos los demás problemas que nos aquejan actualmente, y no solo económicos, sino incluso vitales, pues parece inaplazable el preguntarnos sobre las perspectivas de vida que puede tener un joven que a sus más de treinta años difícilmente logra, tras incluso algún máster o posgrado, encontrar un trabajo no ya fijo, sino medianamente estable. Quizás hacerse emprendedor, con responsabilidad limitada, pueda ser una solución.

Pendiente de hacerse una recopilación de la profusa legislación promulgada desde 2007 con el afán de ir dando solución a la crisis económica, ahora procede dar cuenta de la última de las dos leyes que se han publicado de apoyo a los emprendedores: por un lado, la inicial Ley 11/2003, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, con un marcado carácter económico-laboral, pues se destina básicamente al fomento del empleo joven y a la financiación y a la lucha contra la morosidad; por otro lado, la posterior y complementaria Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que es a la que le vamos a prestar mayor atención, no sin antes dejar constancia que, aunque parece que empiezan a equilibrarse el número de constituciones respecto del de disoluciones y liquidaciones, sin embargo, falta también más claridad legislativa en la determinación no de las modalidades societarias, sino de su misma tipología.

No parece de recibo que a cada intento de fomentar y acelerar la constitución de sociedades se cree una nueva modalidad, algunas con nulo éxito quizás por su estrambótico nombre —el propio más el NIF— y otras con los innecesarios y todavía vigentes estatutos tipo, que todavía y así han acabado ante la DGRN, o, finalmente, derogando parte de lo anterior, lo que no impide que puedan seguirse constituyendo las denominadas *sociedades exprés*, dado que del art. 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, se han derogado, de su número Uno, las letras a) a f), ambas incluidas, pero subsiste la letra g), relativa a los aranceles, y también el primer párrafo del número Dos y su letra c), igualmente relativa a los aranceles, así como lo relativo al NIF y a los plazos de calificación.

Parece que el futuro Código Mercantil tendría que ser ocasión propicia para clarificar lo que ni de lejos ha logrado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: simplificación de modalidades y de tipos societarios para que la esencia fue-

se la libertad de pactos, constitutivos y estatutarios, y la excepción los límites, frente a la —hasta el momento— creciente pretensión del legislador de estereotipar las diversas modalidades, que se acaban ya llevando al extremo por vía reglamentaria. Dentro de una sociedad anónima cotizada, y las clásicas —aunque con mucha más libertad de pacto— sociedades anónimas y limitadas, sobre todo en estas últimas, en que el capital social no es ya sino un puro concepto, cabría toda la actual nomenclatura, pues serán los socios, profesionales o no, los que la requieran de forma «expres» —lo que faltaría es aún más celeridad en la concesión del nombre—, o los familiares, entre otros múltiples supuestos, los que configurarían lícitamente —y debidamente asesorados— su sociedad, no teniéndose que acomodar sin especial justificación y con no pocos problemas a lo que se les ofrece por el legislador.

No es exactamente por la línea de la facilidad no ya constitutiva —pues en veinticuatro horas, ya hoy y sin problemas, se puede tener incluso con el NIF, que en no pocas ocasiones, y aun provisional, es lo único que parece quererse tener—, sino de pleno funcionamiento —pues a la escritura pública y a la inscripción se añaden las cuestiones municipales, autonómicas, fiscales, administrativas, etc.—, por la que transita la última Ley de Emprendedores, aunque, como en tantas otras reformas, con ocasión de la crisis económica, sea lo que se pretende, sin siempre lograrse o siquiera acercarse.

En todo caso, en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores, al margen de matices o necesarias críticas, hay dos cuestiones que deben resaltarse en positivo desde la óptica notarial: la primera, la nueva regulación del acuerdo extrajudicial de pagos, o nuevo Título X de la muy reformada Ley Concursal, todo cuyo desarrollo tiene un marcado carácter notarial, y difícilmente —siempre que se legisle sobre lo que la misma exige— por sus presupuestos habrá concurso que no caiga en su ámbito, aparte de las grandes y sonoras «quiebras». Falta, sin duda, una regulación similar para la persona física consumidora en situación de sobreendeudamiento. La segunda es el inicio de la actividad emprendedora, en que el Notario puede ser la piedra angular, siempre que la acreditación de la exención fiscal no sea el punto en donde todo se rompe.

Finalmente, y dado que el emprendedor no tiene necesariamente que optar por un tipo societario, aunque veremos si cuaja ser emprendedor sin tener, al menos, una sociedad de responsabilidad limitada, como una emanación más de la tutela constitucional a la vivienda habitual, se limita su responsabilidad —una excepción más al art. 1911 CC y una aplicación más en el ámbito del Derecho Privado de los principios constitucionales, tan pendientes aún de un estudio sistemático del Derecho Civil Constitucional, o de cómo influyen, singularmente en el ámbito patrimonial, los conceptos de *igualdad*, *dignidad*, *protección de la vivienda habitual*, etc.—, siempre que su valor —el de la vivienda, que es lo que se protege, no la participación del emprendedor en la misma— no supere los 300.000 euros, con la forma de valoración que se indica.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

	Editorial	
	• Dos leyes de apoyo a los emprendedores <i>Ángel Serrano de Nicolás</i>	3
	Tribuna	
	• Encomienda de nacionalidad: resultados y propuestas de aplicación en registros civiles para la función notarial <i>Ángela Villanueva Romero</i>	6
	• El principio de libertad civil y la forma pública (notarial) en el nuevo Derecho de Familia <i>Martín Garrido Melero</i>	9
	• Breves reflexiones a propósito de la Ley de Apoyo a los Emprendedores <i>Javier Micó Giner</i>	15
	• José-Luis Mezquita del Cacho, Notario <i>Juan-José López Burniol</i>	22
	Entrevista	
	• «La nueva demarcación notarial supondrá una reducción del número de notarías en Cataluña» <i>Santiago Ballester Muñoz</i>	28
	• «Es un orgullo que Barcelona sea un referente en la vanguardia jurídica internacional» <i>Xavier Trias Vidal de Llobatera</i>	32
	Doctrina	
	• La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	36
	• La «parcialidad del goce» como clave típica de las servidumbres <i>Gabriel de Reina Tartière</i>	62
	Práctica	
	• Consideraciones fiscales relativas a la extinción del régimen de condominio <i>Concha Carballo Casado</i>	74
	• El régimen de la propiedad urbana tras la Ley 8/2013 <i>Antonio Ángel Longo Martínez</i>	85
	• Sobre competencia territorial del Notario para la autorización de determinadas actas de notoriedad <i>José-Javier Cuevas Castaño</i>	97
	Internacional	
	• Celebrado el XXVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado <i>Enric Brancós Núñez</i>	101
	• Reseñas de normativa <i>Elisabeth García Cueto</i>	103
	Sentencias	
	• Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo <i>Por Redacción de LA LEY</i>	104
	• Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña <i>Por Redacción de LA LEY</i>	112
	Resoluciones	
	• Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles <i>Fernando Agustín Bonaga</i>	115
	Bibliografía	
	• Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo	136
	Vida Corporativa	
	• Noticias corporativas y del mundo del Derecho	140

Encomienda de nacionalidad: resultados y propuestas de aplicación en registros civiles para la función notarial



Ángela Villanueva Romero
Decana del Colegio Notarial de Extremadura

Con fecha 2 de abril de 2013 se firmó, por el Ministro de Justicia y el Presidente del Consejo General del Notariado, la denominada *encomienda de gestión sobre nacionalidad*.

Hasta el 15 de noviembre de 2013, y teniendo en cuenta que la encomienda tiene como fecha final el 31 de diciembre de 2013, el número de juras/promesas de nacionalidad efectuadas ante Notario es de aproximadamente 56.000 «firmas».

Desde una **perspectiva puramente teórica**, se justificaba en principio dicha encomienda por la necesidad de acometer y dar salida a los expedientes de nacionalidad que se encontraban paralizados en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Para «relanzar» los mismos, la Dirección General firmó en su día otra encomienda de gestión con el cuerpo de registradores de la propiedad y mercantiles con la finalidad de dinamizar y resolver aproximadamente los 400.000 expedientes de nacionalidad pendientes en el Ministerio de Justicia. La fecha de esta en-

comienda registral es el año 2012, alejada ya en el tiempo de la regularización masiva de extranjeros y en plena crisis económica.

Remitiéndonos a los **antecedentes**, en el año 2005 culminó el proceso, iniciado fáctica y jurídicamente con anterioridad, de integración de los inmigrantes en España con el proceso de regularización masiva de aproximadamente 750.000 trabajadores inmigrantes. La tramitación de los expedientes de nacionalidad supuso cierto colapso en la Dirección General de los Registros y del Notariado y en el ámbito de los registros civiles, lo que provocó la puesta en marcha, por el Ministerio de Justicia, de un plan intensivo de tramitación y resolución de dichas peticiones, el cual se concretó en la contratación de los servicios de digitalización de los expedientes referidos y en el posterior acuerdo de encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de una pluralidad de actuaciones tendentes

a la tramitación telemática. Dicho acuerdo fue firmado el 25 de junio de 2012.

No se entra a valorar aquí la oportunidad política y social de dichas encomiendas, destinadas a acelerar un proceso de tramitación de nacionalidad en un momento alejado de la coyuntura que provocó su ralentización, y prueba de ello es el dato estadístico de que en realidad las nacionalidades consumadas a mediados de noviembre de este año han sido aproximadamente 56.000, muy alejadas en número de las 400.000 de que se habló en su día.

La valoración se realiza aquí a modo de colofón sobre dos aspectos importantes para la función notarial, pues es de justicia y oportuno empíricamente sacar conclusiones de la actuación realizada y ver la posibilidad de trasplantarla a otras actuaciones similares aprovechando el peso de la experiencia. No olvidemos, además, que el acto de colaboración se ha realizado de forma totalmente gratuita para la Administración



y el ciudadano, y de forma onerosa y gravosa para el Notariado.

Esos **dos aspectos valorativos** van íntimamente relacionados: uno se refiere más bien al aspecto técnico/informático y otro, a la cuestión de fondo o sustantiva.

El **aspecto técnico** ha quedado puesto de manifiesto y se resume en la evidencia de la eficacia tecnológica que hoy tiene el Notariado fruto de la inversión material y humana, entendida en sentido amplio. La respuesta ha sido rápida (en menos de un mes, estaba creado el sistema y listo para funcionar) y, repito, eficaz: aunque las firmas han sido muchas menos de las esperadas, el funcionamiento ha sido ágil y con una buena aceptación social.

Respecto del **aspecto sustantivo**, es sabido que la encomienda de gestión para los notarios se enmarcó, en la práctica, en el momento de debate acerca del Anteproyecto de Ley de Registros Públicos. Se consideró adecuado, por los órganos del Notariado, ofrecer esa colaboración en el marco del diálogo, pero no hay que desconocer que la actuación en materia de nacionalidad era el «banco de pruebas» del citado Anteproyecto, en el que de forma reiterada se acude a la figura de expediente que tramita el Registrador de la Propiedad, dejando para el Notario esa parte del procedimiento que requiere trato y comparecencia del particular, como sucede en las juras o promesas de nacionalidad o, por ejemplo, la prestación de consentimiento en el matrimonio, o bien los supuestos previstos en el Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria en relación con los divorcios o separaciones consensuales.

De lo que hay que partir es que la Ley de 2011 prevé para el año 2014 una desjudicialización de los registros civiles, recuperando o tomando carácter más administrativo y encomendando su control general a la Dirección General de los Registros y del Notariado

Relacionando lo anterior con las posibles perspectivas de **colaboración** en materia de Registro Civil, hay que partir a estos efectos de que la Ley de 2011 prevé para el año 2014 una desjudicialización de regis-



tros civiles, recuperando o tomando carácter más administrativo y encomendando su control general a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Esto explica el empeño de sacar el proyecto adelante y, preferentemente, con funcionarios al margen de lo judicial y que puedan adaptarse a la actuación administrativa derivada del órgano directivo... Pero nada más alejado de la realidad que encomendar tales competencias a un funcionario (Registrador) cuya función consiste básicamente en calificar e inscribir documentos sin contacto ni presencia de quienes los otorgan y cuyo ámbito de actuación propio son los bienes y los derechos sobre los mismos, y no las personas y los hechos. Está claro que cualquier atribución de competencias en materia de Registro Civil es ajena a su función y forma de actuar.

Por otro lado, si lo que se pretende es una Administración ágil y que facilite al ciudadano el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, no puede acudir constantemente al procedimiento de apreciación de hechos y tramitación de expedientes por un agente/funcionario y la posterior revisión y calificación por otro sin conexión alguna con el anterior: esto supone la ralentización y demora del procedimiento y, en aras de la seguridad jurídica, se aboca indefectiblemente en una inseguridad, al no disponer de una unidad de criterio en la calificación y apreciación de los hechos.

Por último, no podemos dejar al margen la capilaridad y difusión del sistema notarial y su arraigo social, lo que supone la proximidad al ciudadano de un punto de atención con una alta formación jurídica y una alta disponibilidad y avanzada tecnificación informática, lo que facilita de manera importante toda comunicación y acción por vía telemática.

Esto expuesto, pasemos a las **posibilidades de colaboración que en materia de Registro Civil** pudieran ofrecerse en el marco y al amparo de la reforma del sistema que se prevé en la Ley de 2011.

Para ello hay que tener en cuenta los principios o líneas directrices de la Ley, que, brevemente resumidos, serían:

A) La **ORGANIZACIÓN** de los registros civiles en la Ley se hace depender de la comunicación telemática entre órganos administrativos y judiciales y, además:

- 1.º Se desjudicializa la llevanza del Registro Civil, poniéndola al cargo de personal administrativo o funcionarios (respecto de los mismos, la disp. adic. 2.ª de la Ley 20/2011 habla de funcionarios del subgrupo A1 y secretarios judiciales). Queda claro que la superioridad de los registros civiles es la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- 2.º Se suprimen los registros civiles existentes en todos los puntos donde existían anteriormente por existir sede judicial; desaparecen los registros civiles únicos y los radicados en los ayuntamientos (a cargo de juzgados de paz).
- 3.º Se hace descansar la organización del Registro Civil en:
 - oficina central: único.
 - oficinas generales: una por comunidad autónoma y una más por cada 500.000 habitantes (potestativo de comunidad autónoma).
 - oficinas consulares.

B) La **COMUNICACIÓN** de los hechos o actos que producen el asiento correspondiente en el Registro Civil se realiza por:

- El interesado/facultativo.
- Órgano administrativo.
- Órgano judicial.

Expresamente se mencionan las comunicaciones realizadas por notarios en el art. 35, en el que se señala que los notarios remitirán por medios electrónicos los documentos que autoricen y produzcan asiento en el Registro Civil. Esto hay que conectarlo con la ampliación de competencias notariales en materias de estado civil que se contienen en el Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria.

Conectando lo anterior con el elenco de hechos o actos que dan lugar al asiento correspondiente en el Registro Civil, se puede trazar una perspectiva amplia de colaboración del Notariado en el ámbito de los registros civiles de acuerdo con el diseño efectuado por la Ley del año 2011, teniendo en cuenta el carácter del Notario como funcionario público y su dependencia jerárquica de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los notarios remitirán por medios electrónicos los documentos que autoricen y produzcan asiento en el Registro Civil. Esto hay que conectarlo con la ampliación de competencias notariales en materias de estado civil que se contienen en el Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria

LAS NOTARÍAS COMO PAEC (punto de atención de estado civil):

Todas las notarías funcionarían a modo de delegaciones u oficinas del Registro Civil General de la comunidad autónoma. Desempeñarían una doble función de entrada de actos/hechos/expedientes y salida de documentación.

Las competencias y funciones al respecto serían:

A) **(ENTRADA) Tramitación de expedientes** en materias de estado civil que sean competencia de los notarios, con la correspondiente resolución y práctica

de asiento, en su caso: ejemplo es el caso de los expedientes matrimoniales previstos en el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta tramitación de expedientes sería con independencia de los expedientes que en las mismas materias se pudieran realizar por órganos judiciales o administrativos, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de referencia de los matrimonios.

Dentro de este ámbito de tramitación de expedientes, con la correspondiente comunicación a la Oficina General para su asiento, se incluirían, por tanto:

- Matrimonios. Separaciones y divorcios de mutuo acuerdo ante Notario.
- Adquisición de nacionalidad por residencia y vecindad civil en el ámbito notarial.
- Emancipación ante Notario.
- Régimen económico matrimonial
- Actos relativos a la constitución de patrimonio protegido y sus modificaciones.
- Autotutela y apoderamientos preventivos.

Solo quedarían fuera del ámbito de la actuación notarial aquellos actos, hechos y circunstancias que se comunican necesariamente por otros cauces o que son competencia de otros órganos: son los supuestos de nacimiento, filiación, cambio de sexo, relaciones paternofiliales y modificaciones, modificación judicial de la capacidad de las personas, tutelas, curatelas y representaciones legales, declaraciones de ausencia o fallecimiento y defunciones. Todas estas materias implican la intervención del órgano judicial que realiza el expediente y la comunicación, o del Secretario Judicial que realiza dichas actividades, o bien del mismo interesado que insta la inscripción o asiento sin necesidad de intervención ni expediente previo de autoridad.

A su vez, nada impediría la posibilidad de que expedientes reservados hasta ahora a los encargados de registros civiles pudieran tramitarse ante Notario, como son, por ejemplo, los relativos a cambio de nombre y apellidos.

B) **(SALIDA) Publicidad:** la segunda función y competencia que conlleva la actuación notarial en materia de Registro Civil va ligada a la publicidad de los asientos del mismo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 8, todas las administraciones y funcionarios públicos, en el ejercicio de sus competencias y bajo su responsabilidad, tendrán acceso a los datos que consten en el Registro Civil (con las limitaciones derivadas de la existencia de datos especialmente protegidos).

Está claro que los avances tecnológicos del Notariado y la ya consolidada comunicación telemática con las administraciones públicas en multiplicidad de ámbitos hace especialmente fácil al Notariado dar, en su caso, publicidad a los datos del Registro Civil. Obviamente, no se puede pretender con ello que esto sea una fuente de ingresos para el Notariado de forma directa, desde el momento en que la exacción o cobro de tasas o concepto similar por un servicio que antes prestaba la Administración de forma gratuita podría provocar una reacción social contraria.

No obstante, habrá que realizar el correspondiente estudio económico, en que se valore, por tanto:

- Qué certificaciones o traslado, dada su importancia y ligazón a la persona, habrán de suministrarse gratuitamente (por ejemplo, nacimiento).
- Qué certificaciones o traslados pueden determinar la exacción de canon, arancel o tasa cuyo importe compense el coste del servicio.
- Valorar cuál puede ser la compensación indirecta que prestar ciertos servicios gratuitamente pudiera conllevar esta actuación.

Las líneas precedentes son solo unos apuntes acerca de las posibilidades de actuación y fácil adaptación a la función notarial de otras materias y competencias, en este caso, de competencias de los tradicionalmente denominados *registros civiles*. Se trata de aprovechar la formación jurídica del Notariado, su proximidad al ciudadano, su avance en tecnología y su condición de funcionario público.

El principio de libertad civil y la forma pública (notarial) en el nuevo Derecho de Familia



Martín Garrido Melero

Notario de Tarragona.

Profesor de Derecho Civil en la URV.

Autor de "Un análisis del Código Civil catalán y su relación con el Código Civil español", entre otros.

I. INTRODUCCIÓN: LA TESIS MANTENIDA EN ESTE ARTÍCULO

La tesis del presente artículo no es nueva. Ya ha sido mantenida por el autor tanto en artículos como en libros anteriores y poco más podemos añadir en el presente, pero no está de más recordar viejos conceptos y añadir quizás alguna precisión que nos parece oportuna.

La tesis se estructura en tres líneas de flotación:

a) **En primer lugar, se recalca el principio de libertad civil como principio básico del Derecho Civil catalán**, consustancial al ordenamiento civil catalán pero proclamado expresamente en el Título I (dedicado a las disposiciones preliminares) del Libro I (dedicado a las disposiciones generales) del Código Civil de Cataluña. En efecto, su art. 111-6 señala:

Les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut.

La doctrina tradicional ya lo había expuesto en numerosas ocasiones. Valga por todos un texto del Jurista DURAN Y BAS que hemos apuntado en otras ocasiones y que resulta muy significativo desde el punto de visto político:

Era en el antiguo Principado respetada la Autoridad Real en la legitimidad de su existencia, en la forma de su transmisión y en el ejercicio de sus prerrogativas, pero el súbdito tenía derechos y la ley que los protegía era, según antiquísima tradición jurídica, no otorgada, sino paccionada. El catalán era ciudadano. Libre, pues, dentro de la ley política, anhelaba ser también dentro de la ley civil, y no

con libertad sin límites, sino con libertad extensa, se movía dentro de la esfera del Derecho Privado, completando con ella dentro del organismo del Estado el concepto que tenía de sus derechos.

b) **En segundo lugar, se mantiene que dicha libertad debe encuadrarse en los límites fijados por el ordenamiento jurídico y se destaca la forma pública como uno de esos límites sustanciales.**

La libertad civil concedida por el ordenamiento civil, que permite, como acabamos de ver, que las normas del Código Civil de Cataluña o las otras normas civiles solo tengan, en general, un carácter supletorio de la voluntad de los particulares, debe ejercerse dentro de los límites previstos por el propio ordenamiento jurídico.

Y uno de estos límites, quizás el más esencial, es el relativo a la forma de los

negocios jurídicos, que viene a exigir en muchos casos, especialmente en los más relevantes, la forma pública (notarial).

- c) **En tercer lugar, la exigencia de forma pública no puede considerarse como un mero formalismo desprovisto de contenido o como un simple acto autenticador o fedatario del negocio**, sino que la intervención notarial tiene los valores de información, asesoramiento, consejo y diseño o configuración de dicho negocio.

La intervención del autor del documento (del Notario en particular) no es una mera fe pública, que lo es, sino algo más sustancial y esencial que muchas veces se pierde de vista o no es percibido por los operadores (o lo que es peor: no interesa a ciertos operadores). La libertad (civil), para ejercerse plenamente, requiere un conocimiento de los efectos jurídicos del acto o del negocio jurídico que se pretende regular. Para velar por esa «libertad informada» se precisa de una persona altamente preparada científicamente y que no solo asesore, sino que, además, configure o diseñe el negocio jurídico más adecuado para las finalidades previstas.

El Notario ha gozado, y sigue gozando, de un alto prestigio moral y jurídico en Cataluña, y ha sido así porque su intervención tiene un valor añadido en la defensa de la libertad civil proclamada. La necesidad de la intervención notarial no resulta incompatible con la participación de otros asesores, sean jurídicos o no, en el acto en concreto, siendo dicha presencia no solo posible, sino incluso conveniente.

Como ven, ninguna de estas tres líneas de flotación es nueva: han sido muchas veces repetidas en la doctrina tradicional y moderna. Valgan por todos, y excúseme el lector la falta de modestia, los comentarios que efectué en su día a las conclusiones del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino:

Al convertir al Notario en «un redactor y un asesor público», los estados modernos reconocen a esta forma jurídica ser portadora de un valor añadido intrínseco. Su fundamento no puede estar basado más que en la confianza de la sociedad en que la intervención notarial conlleva un asesoramiento cualificado y un control de legalidad que, como tal, es esencialmente jurídico. Su finalidad económica no puede ser otra que evitar costes futuros e impre-



visibles derivados de la indeterminación de las formas jurídicas adoptadas o la imperfección de las configuradas. Además, al documento redactado por Notario se le otorga, por delegación del Estado, un valor añadido extrínseco: la fe pública y la autenticidad. Pero ¡cuidado! Confundir un valor con otro puede nacer de la ignorancia o responder a otras motivaciones corporativistas e interesadas que deberían ser conocidas por la sociedad para ser justamente valoradas (especialmente en sentido económico).

El nuevo Código Civil catalán ha seguido profundizando en el principio de libertad civil o de autorregulación de los sujetos, aunque casi siempre conectado con la forma pública. El principio de libertad civil es claro, ha sido expresamente proclamado y no hay duda de que debe informar todo el ordenamiento jurídico. No obstante, observamos algunos casos en que el legislador titubea, fija límites o establece disposiciones que tienen carácter imperativo en materias que deberían estar desprovistas de esa imperatividad. Por otra parte, en otras ocasiones, el legislador se olvida que la facultad de autorregulación debe ir paralela necesariamente a una determinada forma y, en concreto, a la forma pública. Veremos a continuación algunos ejemplos concretos.

II. LIBERTAD Y FORMA PÚBLICA: NOVEDADES DEL NUEVO DERECHO CATALÁN

El nuevo Código Civil catalán contempla casos concretos de ejercicio de la libertad

civil y forma pública, desarrollando expresamente una práctica documental anterior que había surgido paralela a la ley:

- a) Se regulan bajo criterios de libertad **los pactos en previsión de la ruptura matrimonial**, que van a ser obligatorios siempre que no hayan sobrevenido circunstancias relevantes que no se hayan podido prever ni que se pudieran razonablemente prever en el momento de la ruptura (art. 231-20.5 CCCat). Estos pactos deben constar necesariamente en escritura pública.

El legislador ha establecido un criterio de cobertura (si son antenupticiales, no pueden otorgarse antes de los treinta días de la celebración del matrimonio). La limitación temporal puede tener su justificación, pero casa mal con la estructura de los clásicos capítulos matrimoniales, que no están sujetos a dicho plazo temporal, y, en el fondo, como casi todas las limitaciones temporales, no deja de ser absurda y poco eficaz para evitar la influencia de un cónyuge frente a otro (pueden otorgarse dos meses antes o un día después del matrimonio).

El nuevo Código Civil catalán también admite (con ciertas limitaciones) los pactos adoptados después de la ruptura, aunque no formen parte de una propuesta de convenio regulador (art. 233-5.1 CCCat). En este caso, el legislador no parece señalar una forma determinada, a pesar que el fondo del pacto va a ser similar a los pactos en previsión de la ruptura matrimonial y a pesar de que en



muchos casos van a ser complementarios de los pactos establecidos en el convenio regulador aprobado judicialmente (que tienen carácter público, aunque en un sentido muy diferente de los que constan en una escritura pública).

El nuevo Código Civil catalán también admite, con ciertas limitaciones, los pactos adoptados después de la ruptura, aunque no formen parte de una propuesta de convenio regulador

- b) Se admite con criterios amplios **el pacto preventivo de renuncia al derecho de compensación**, tanto en la pareja matrimonial como no matrimonial (arts. 232-7 y 234-9 CCCat). Estos pactos también serán obligatorios, pero siempre que se mantenga la base del pacto (remisión a lo dispuesto en el art. 231-20 CCCat). La remisión al art. 231-20 CCCat, que se hace directamente en el caso de la pareja matrimonial e indirectamente en el caso de «*la pareja legal*», implica que deben constar en escritura pública.

Una vez que se ha producido la ruptura matrimonial, puede establecerse en el convenio regulador y ser aprobado judicialmente o, en mi opinión, también podría establecerse en un pacto paralelo a dicho convenio. En este último caso, también sería conveniente la formalización pública de la renuncia.

- c) Se admiten con criterios amplios **los pactos sobre la prestación compensatoria en caso de la pareja matrimonial** (art. 233-16 CCCat) y sobre la prestación alimenticia en caso de «*la pareja legal*» (art. 234-10.2 CCCat), si bien tanto uno como otros no pueden comprometer la posibilidad de atender las necesidades básicas del que tiene derecho a reclamación. La remisión al art. 231-20 CCCat, que se hace directamente en el caso de la pareja matrimonial e indirectamente en el caso de «*la pareja legal*», implica que deben constar en escritura pública.

Igualmente, en este caso, la renuncia a la prestación compensatoria o a la prestación alimenticia que se realiza una vez aparecida la ruptura no parece que de-

ban necesariamente constar en escritura pública. Pensamos que, cuando no se incorporen al convenio regulador, debería ser conveniente la formalización pública de la renuncia.

- d) Se admiten con criterios amplios **los pactos previos sobre atribución o disposición de la vivienda familiar**, tanto en el caso de la pareja matrimonial (art. 233-21.3 CCCat) como en el caso de la «*la pareja legal*» (art. 234-8.4 CCCat), si bien con el límite general de perjudicar el interés de los hijos, ni la posibilidad de atender las necesidades básicas del beneficiario del uso.

La falta de remisión, en este caso, a diferencia de los anteriores, a la normativa general prevista en el art. 231-20 CCCat hace que surja la duda de si deben constar o no en escritura pública. No obstante, consideramos que la falta de remisión no implica la no aplicación del régimen general y, en consecuencia, la necesidad de forma pública.

- e) Se admiten **los pactos de los progenitores que viven separados sobre el ejercicio de la potestad**.

Una de las manifestaciones más importantes del juego del principio de libertad civil se da en el ordenamiento catalán en sede de ejercicio de la potestad del padre y de la madre en caso de vida separada de los progenitores (art. 236-11 CCCat).

La regulación del tema en el nuevo texto legal presenta notables diferencias



con la establecida en el Código de Familia. No obstante, lo importante a destacar es la facultad de los progenitores de delegar o de distribuir las funciones de la potestad. Los acuerdos pueden incorporarse a un convenio regulador, que debe aprobarse judicialmente cuando sea perjudicial para los hijos, pero también pueden formalizarse en escritura pública, en cuyo caso se pueden revocar en cualquier momento mediante notificación notarial (art. 236-11.3 CCCat).

Establecer los límites de la libertad del pacto no será fácil, precisamente porque el propio Código Civil catalán establece que la potestad es una función inexcusable que debe ejercitarse, en el marco del interés de la familia, personalmente siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad (art. 236-2 CCCat).

El legislador está interesado en permitir que los particulares acuerden desjudicializar determinadas controversias familiares y que, dentro de ciertos límites, los padres separados puedan autorregular el ejercicio de la potestad sobre sus hijos. Pero quiere que exista un funcionario que garantice preventivamente el sistema. En estos casos, la intervención notarial va dirigida, más que a informar a los particulares sobre los efectos del convenio, a velar por el cumplimiento de las normas, es decir, a realizar un control de legalidad (por ejemplo, asegurarse que los acuerdos son permitidos por el ordenamiento jurídico, que la distribución de funciones entre los padres está permitida por el ordenamiento jurídico, etc.).

- f) Se admiten múltiples **instituciones de protección de la persona incapacitada o discapacitada**.

El nuevo Código Civil de Cataluña ha seguido profundizando en este tema y, junto a la autotutela o la delación de la tutela por uno mismo (art. 222-4 CCCat) y la tutela ordenada por los titulares de la potestad (art. 22-5 CCCat), que ya aparecían en el Código de Familia, ha regulado otras instituciones de protección de la persona o de los bienes, exigiendo en todos los casos escritura pública, que implica el deber de asesoramiento y de control de la legalidad del Notario:

- En primer lugar, nos encontramos con **el poder en previsión de la pérdida sobrevenida de la capacidad** (art. 222-2 CCCat), que puede evitar tener que acudir a la tutela, salvo que la autoridad judicial considere otra cosa en beneficio de la persona objeto de protección.

En cierta forma, una aplicación de estos apoderamientos para el caso de la pérdida sobrevenida de la capacidad es **el documento de voluntades anticipadas**, que ha sido regulado parcialmente en el marco del nuevo Código Civil (art. 212-3 CCCat). El Código no regula expresamente la forma de dichos documentos, sino que prefiere remitirse a la legislación especial de ámbito sanitario. Es en esta legislación donde observamos que una de las posibilidades documentales es la del documento público notarial.

- En segundo lugar, nos encontramos con **la asistencia**, que va dirigida a la protección de las personas que, sin estar incapacitadas total o parcialmente, necesitan ser protegidas en su aspecto personal o patrimonial (art. 226-1 CCCat).
- En tercer lugar, nos encontramos con la regulación dentro del propio Código de masas patrimoniales destinadas a la protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente (art. 227-1 CCCat): los llamados **patrimonios protegidos**. Tal como nos señala la Ley, estos patrimonios protegidos comportan la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, y también de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario (art. 227-2 CCCat).

Vemos como también en estos casos el ordenamiento jurídico catalán liga el desarrollo de todas estas instituciones a unas ciertas garantías de seguridad, exigiendo la necesidad de escritura pública (o de documento de última voluntad, que será, en la inmensa mayoría de los casos, también un documento público). En estos casos, la intervención del Notario tiene que ir dirigida, además de a una perfecta información de los otorgantes y

de los otros profesionales que intervengan, a la búsqueda de un marco legal suficientemente organizado en función de las necesidades de la persona en cuestión.

III. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL COMO SISTEMA ALTERNATIVO A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: EJEMPLOS CONCRETOS (CONTROLES DE LA POTESTAD Y TUTELA)

El Notario, como persona que ejerce una función pública, y la forma pública, como desarrollo o plasmación de ese ejercicio, pueden ser una institución muy útil para resolver numerosos supuestos dentro del principio de libertad civil. La intervención notarial puede ser una alternativa eficaz para solucionar numerosos actos de jurisdicción voluntaria.

El Derecho de Familia es un campo en el que puede profundizarse en estos mecanismos de intervención alternativa notarial. El Derecho catalán se ha separado en este punto claramente del ordenamiento del Código Civil español en aplicación de su principio esencial de libertad civil, especialmente en el caso de los controles de los titulares de la potestad y de los titulares de un cargo tutelar:

- a) **En el ejercicio de la potestad**, los progenitores tienen la representación legal de sus hijos menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados, si la potestad ha sido prorrogada o rehabilitada, y, con ciertas excepciones, la administración de su patrimonio. Pues bien, para determinados negocios jurídicos que el legislador considera que pueden poner en peligro el patrimonio de los representados, se va a necesitar autorización judicial. El Código de Familia y el nuevo texto legal establecen que esta autorización judicial puede ser sustituida por el consentimiento del acto manifestado en escritura pública (bien del hijo o la hija, si tiene al menos dieciséis años, o bien, y esto es lo importante, de los dos parientes más próximos del hijo, en la forma establecida por el propio texto legal para la institución de heredero por fiduciario) —arts. 236-30 y 424-6.1, letra a) CCCat.

- b) **En materia de tutela**, el principio de libertad civil se ha llevado aún más lejos que en sede de potestad. Una de las novedades del Código de Familia fue la regulación del Consejo de Tutela, que puede ser establecido en la tutela deferida por la persona interesada o por los progenitores. El Código de Familia dotó a dicho Consejo de facultades exorbitantes, entre las que se encontraba la de otorgar las autorizaciones para determinados actos importantes que pretendieran realizar los tutores o los administradores patrimoniales en nombre y representación de los tutelados (art. 234 CF): en todas estas autorizaciones, el Consejo de Tutela sustituía a la intervención judicial.

El ordenamiento catalán ha suprimido la intervención judicial y ha «privatizado» esos controles que se hacían por la judicatura en sede de jurisdicción voluntaria, probablemente en aras de una mayor rapidez y agilidad, pero también como expresión del principio de libertad civil

El nuevo texto legal, después de algunos titubeos, ha seguido regulando el Consejo de Tutela, aunque ha huido de establecer un estatuto concreto y muchas de las normas anteriores han desaparecido. Para evitar dudas, se sigue señalando que se puede atribuir al Consejo de Tutela la función de resolver los conflictos entre los tutores y la de autorizar los actos que están sometidos a autorización judicial —art. 222-54, letra c) CCCat. Como vemos, el ordenamiento catalán ha suprimido la intervención judicial y ha «privatizado» estos controles, que se hacían por la judicatura en sede de jurisdicción voluntaria, probablemente en aras de una mayor rapidez y agilidad, pero también como expresión del principio de libertad civil.

A diferencia del consentimiento de los parientes, que debe constar en escritura pública en el caso del control alternativo en sede de potestad, el legislador ha omitido toda mención a la forma en que debe constar la autorización del Consejo de Tutela. Creemos, no obstante, que



muchos de los actos que precisan ser controlados son actos que van a requerir una forma pública (enajenación de inmuebles, constitución de una sociedad civil, etc.), de modo que la intervención notarial implicará un control de legalidad y una verificación de la autenticidad del consentimiento efectuado por el Consejo de Tutela. Quizás el legislador debería concretar que este consentimiento ha de constar en escritura pública (bien en documento independiente del negocio jurídico objeto de control, o bien en el mismo documento).

En cierta manera, el control judicial ha sido sustituido por un control notarial preventivo, de forma que el Notario deberá preferentemente velar por el cumplimiento de las exigencias legales y, dentro del marco que le permite la legislación vigente, por la protección de los menores e incapacitados. Ahora bien, no se puede pretender, y no se pretende, que el Notario, que carece de poder jurisdiccional, pueda sustituir íntegramente a la autoridad judicial: siempre quedará esta vía cuando, a pesar de todas las medidas tomadas, se haya causado o se pueda causar un perjuicio a las personas necesitadas de una especial protección. Pero, en realidad, en nada se diferencia en este sentido la resolución judicial en trámite de jurisdicción voluntaria (sujeta al correspondiente procedimiento contencioso) de la intervención notarial (igualmente sujeta, en última instancia, al control judicial).

IV. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA Y SU FORMALIZACIÓN

La legislación catalana ha sido la pionera de todas las legislaciones hispánicas en la regulación de las llamadas *parejas de hecho* o, al menos, de un tipo de pareja de hecho (la definida o acotada por el legislador que yo suelo denominar con el término que me parece más propio de *pareja legal*). La Ley 10/1998, de 15 de julio, de las uniones estables de pareja, se convirtió en una norma de exportación, una especie de ley famosa, porque con pocos cambios sustanciales fue retenida por casi todos los legisladores autonómicos (incluso, en algunos aspectos, por los que no tenían competencia civil). El nuevo Código Civil catalán ha integrado dicha norma y la ha sometido a ciertas modificaciones, que son importantes y han sido analizadas en otro lugar.

1. ¿Dos modelos?

La regulación parte de dos modelos distintos de reconocimiento de efectos jurídicos de las parejas, quizás como consecuencia de una evolución paralela y de una concepción distinta: el modelo contractual o negocial y el modelo de reconocimiento de un hecho jurídico.

Por una parte, se afirma que dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran *pareja estable* cuando «*formalitzen la relació en escriptura pública*» —art. 234-1, letra c) CCCat. Aunque en alguna ocasión se ha mantenido la necesidad para determinados efectos de convivir, además, durante dos años, debemos considerar que la formalización sin más implica un estatuto jurídico cuando haya convivencia en los términos establecidos por el legislador (y, en mi opinión, incluso aunque no la haya, siempre que exista una vocación de constituir una comunidad de vida como en el matrimonio).

Por otra parte, se entiende que una convivencia durante más de dos años ininterrumpidos o simplemente cuando se tiene un hijo común durante la convivencia es equivalente a la formalización en documento público —art. 234-1, letras a) y b) CCCat.

Si entendemos, como entendemos, que el documento público (la escritura pública) no es una simple expresión de la voluntad de convivir, sino que implica el conocimiento y la correlativa asunción de los efectos jurídicos de la convivencia, el supuesto previsto bajo la letra c) es radicalmente distinto de los previstos bajo las letras a) y b). En el primer modelo, los convivientes expresan su voluntad; en el segundo, se limitan a convivir, con conocimiento o no de los efectos jurídicos de esa convivencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 y los votos particulares (Don Manuel Aragón Reyes y Don Ramón Rodríguez Arribas) resultan muy significativos para conocer la postura de nuestro Tribunal Constitucional con relación a las parejas de hecho y, en concreto, a las que nosotros venimos denominando en el texto bajo el nombre de *parejas legales*. Aunque la Sentencia versa sobre la inconstitucionalidad de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables, tiene un alcance mayor, porque sus consideraciones son aplicables a muchas de las normativas generadas estos

años por los diferentes legisladores hispánicos y, en concreto, son perfectamente aplicables a la regulación catalana.

El Tribunal Constitucional considera que la voluntad de convivir no implica *per se* la asunción de los efectos jurídicos previstos en la Ley, que solo pueden darse cuando se asuman voluntariamente por los miembros de la unión. La consecuencia directa es considerar que, de los tres supuestos previstos en la Ley navarra para considerar la existencia de una «*pareja legal*» (convivencia, tener un hijo y convivir y formalización en documento público), que son coincidentes con lo dispuesto en el actual art. 234-1 CCCat, solo el último sería conforme a la interpretación del texto constitucional.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que, siempre que haya prueba de la voluntad de sometimiento a la Ley (y no solo en los supuestos en que la unión se formalice en documento público), hay que entender aplicable la misma. Esto se producirá, por ejemplo, en el caso que haya habido inscripción en los Registros de Parejas Estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral, o en el caso de los derechos de carácter público previstos en la Ley que suponen una previa y voluntaria solicitud de los integrantes de la unión. Así, se nos dice que «*el elenco de uniones estables, susceptibles de quedar sometidas a la aplicación de la Ley Foral, no puede entenderse limitado a aquellas parejas que se hubiesen constituido en documento público (pese a haber sido declarados inconstitucionales los otros dos supuestos del párrafo primero del art. 2.2). Hemos de entender que serán parejas estables todas aquellas que reúnan las condiciones del art. 2.1, cuya existencia, llegado el caso, deberá ser acreditada por sus integrantes*».

La legislación catalana no ha sido tachada de inconstitucional en este punto, pero es evidente que la Ley navarra (que sí lo ha sido) fue clonada de la primera. Parece también evidente que nos podemos encontrar con supuestos (especialmente, en el campo sucesorio) en que se hayan atribuido derechos a un conviviente sin acreditar la voluntad de asumir esos efectos (aunque sí la convivencia), en perjuicio, además, de otros interesados.

2. Un único modelo

El legislador debe optar por un solo modelo, y este no puede ser otro que el formal, en donde quede clara la voluntad no solo

de convivir, sino de asumir los efectos jurídicos de esa convivencia.

El modelo formal debe ser abierto y admitir todas las posibilidades, y no solo las «análogas al matrimonio», lo que implica que debemos huir de fijar estatutos concretos e ir directamente a los pactos entre los convivientes

Esto no quiere decir, ni mucho menos, que las situaciones de convivencia no formalizadas no deban producir determinados efectos jurídicos (incluso muy parecidos o similares en algunos puntos a las formalizadas), especialmente en los casos en que son duraderas en el tiempo. Pero estos, en nuestra opinión, deben determinarse en el caso concreto y bajo el marco general clásico, que intenta evitar situaciones injustas (normas de la sociedad, enriquecimiento injusto, gestión de negocios ajenos, etc.), y no dentro de un estatuto jurídico prefigurado por el ordenamiento jurídico. No negamos que el operador o juzgador pueda encontrarse más cómodo sabiendo qué normas pueden aplicarse a una determinada relación de convivencia (un derecho de compensación, o una prestación alimenticia, o un efecto sucesorio), pero la comodidad no puede justificar por sí sola el establecimiento de un régimen unitario para situaciones que pueden ser muy distintas.

Pero, es más: el modelo formal debe ser completamente abierto y admitir todas las posibilidades, y no solo las «análogas al matrimonio», lo que implica que también para este caso debemos huir de fijar estatutos concretos e ir directamente a los pactos entre los convivientes. Es, quizás, este campo donde debamos llevar a sus últimas consecuencias el principio de libertad civil.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia señalada, considera que el libre desarrollo de la personalidad implica «poder gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio». Y nos indica que «este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional, y esta libertad

debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción».

La conclusión del Tribunal Constitucional es que las normas que pueden regular las uniones de hecho han de ser dispositivas y no imperativas, salvo en el caso de «medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho», de «manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable». Y con más claridad nos indica: «El régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja».

Afortunadamente, el nuevo Código Civil catalán ha eliminado las disposiciones imperativas que procedían del Derecho anterior, y es posible ahora, como hemos visto, el pacto de exclusión sobre el derecho de compensación (art. 234-9 CCCat) y, con ciertos límites, sobre la prestación alimenticia (art. 234-10.2 CCCat), aunque sigue siendo imperativa la normativa sobre la disposición de la vivienda familiar, que no tiene sentido cuando no hay hijos (art. 234-3 CCCat, en relación con el art. 231-9 CCCat).

V. OTRO CASO CONCRETO: FECUNDACIÓN ASISTIDA Y CONSENTIMIENTO FORMAL. LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

Los criterios de paternidad y maternidad están siendo objeto de una profunda revisión en los últimos tiempos, hasta el punto que podemos decir que se ha abandonado la «imposición de una paternidad biológica» por la «asunción de una paternidad responsable». También hemos visto que tanto el Código de Familia como el nuevo texto legal regulan tanto la fecundación asistida de la esposa (art. 235-8 CCCat) como la de una mujer no casada (art. 235-13 CCCat).

El legislador ha hecho un notable esfuerzo para regular estas nuevas realidades. Por una parte, nos dice que los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación

asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado debidamente, se consideran hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado tal consentimiento (art. 235-8.1 CCCat); por otra, que los hijos nacidos de la madre se consideran hijos del hombre (o de la mujer) que lo ha consentido previamente en forma legal (art. 235-13 CCCat). Por otra parte, la nueva legislación sobre el matrimonio ha roto con la necesidad de una dualidad sexual y ha permitido el matrimonio entre dos personas (sean o no del mismo sexo) y la «doble maternidad».

En estos casos, el legislador del Código de Familia exigía una forma pública (el consentimiento del marido o del hombre debía constar en escritura pública). Hoy es una posibilidad, pero no una necesidad, porque, alternativamente, se ha admitido el documento privado ante el centro autorizado. La intervención notarial debe ir dirigida, en estos casos, preferentemente, a informar al potencial padre de los efectos jurídicos de sus manifestaciones y, por tanto, de lo que supone jurídicamente la asunción de la paternidad.

Sorprende que en la regulación de la **fecundación post mortem**, tanto matrimonial como no matrimonial, tanto el Código de Familia en su día (lo que tenía menos justificación) como el nuevo texto legal hoy se hayan «olvidado» de exigir escritura pública e incluso una forma determinada, ya que solo se requiere que «conste fehacientemente» la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de la muerte (arts. 235-8.2 y 235-13.2 CCCat).

Nos parece que, en estos casos, los particulares deben tener una información jurídica especial, porque esa fecundación *post mortem* puede producir importantes consecuencias patrimoniales. Nos parece que se deben exigir para esta prestación de consentimiento los mismos requisitos formales que para las disposiciones de última voluntad, es decir, que consten en un testamento, en un codicilo o en escritura pública. Entre «dejar para después de la muerte un piso» o «dejar un espermatozoide» no debe haber diferencias formales.

Como en todas las cosas, nuestro legislador tiene que adaptarse a las nuevas orientaciones de la sociedad sin perder de vista los fundamentos últimos del ordenamiento jurídico y, en especial, el principio de libertad civil.

Breves reflexiones a propósito de la Ley de Apoyo a los Emprendedores

Podemos estar ciegos para lo evidente y ciegos, además, para nuestra ceguera (referido al «gorila invisible»)... El mundo es mucho menos comprensible de lo que usted cree. La coherencia viene la mayoría de las veces de la manera de trabajar de su mente.
Daniel Kahneman (Pensar rápido, pensar despacio)

*Paganini no repite.
Paganini*



Javier Micó Giner
Notario de Sabadell

La mañana de este sábado, 28 de septiembre de 2013, el BOE publica la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁽¹⁾. Como las críticas seguirán (y preceden) a la Ley, optaré por agradecer al legislador dos aspectos. El primero, que haya tardado tanto en publicarla (lo que me ha dado tiempo a leer las reflexiones de Fernando Rodríguez Prieto, Carlos Pérez Ramos, José Ángel García-Valdecasas y José Félix Merino Escartín, y a comentarlas con compañeros de la plaza); el segundo, que la publique en sábado, dado que, como todas las normas que afectan a notarios y registradores entran en vigor al

día siguiente, disponemos del sábado y el domingo para dominarla.

Ante la solicitud de reflexionar sobre la Ley, la primera frase que me vino a la cabeza es «Paganini no repite», que se asocia con la negativa del genial violinista italiano del XIX a repetir una composición que acababa de ejecutar. En efecto, **de estos temas ya escribí por extenso** (tanto que debió recortarse el texto dos veces) **en el artículo «Una visión crítica del RD 13/2010», publicado en La Notaría.**

Allí, decía:

El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre [...], pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de constituir sociedades limitadas con notoria celeridad.

Si ustedes me preguntan como Notario, les diré que la norma plasma un propósito loable en las actuales circunstancias y, aunque puede opinarse la mejora de algunos aspectos, toda ayuda es poca al emprendedor; el Notario, como no podía ser menos, asume su cuota de esfuerzo para la salida de la crisis. No diría más, sencillamente, porque como Notario no



me atrevería. Aportaría los clásicos análisis del articulado (que tengo en el texto de mi conferencia) y me callaría. No me atrevería a más. Si es lo que quieren escuchar, queda escrito.

Si me permiten hablar no siendo Notario [...].

El propósito parece loable y resulta difícil explicar que pueda suscitar discrepancias. Sin embargo, suele decirse que «el diablo está en los detalles», pero en ocasiones conviene recordar la frase de Charles Baudelaire: «La mayor victoria del diablo es convencernos de que no existe».

Si, como se presupone por el público al que esta publicación se dirige, es usted Jurista, con un poco de suerte habré conseguido que usted esté perplejo porque el comentario a una norma legal comience con advocaciones al diablo. Si es así, efectivamente, es lo que pretendo. Por dos motivos.

El primero es que sea consciente (a su propio riesgo y ventura) del carácter atípico de mi exposición. «Luego no digas que no te lo advertí», como reza el libro del emprendedor de Trías de Bes⁽²⁾.

El segundo es que sea consciente de la extraordinaria tendencia de los juristas a analizar y desmenuzar las normas, a destacar aspectos hasta triviales de su redacción, a fijarnos en sus detalles [...] y a perder de vista el conjunto, la idea general

que las anima. Los detalles pueden ser malos, pero la idea general puede ser [...] peor.

Si habiendo escrito aquel trabajo no se me escuchó, las esperanzas de que ahora se me escuche son escasas. No obstante, «nobleza obliga» y cumpliré el compromiso asumido con *La Notaría* con estas reflexiones muy breves.

Entonces ya dije que, si se yerra en el diagnóstico, es casi imposible acertar el tratamiento. **El problema de velocidad en la puesta en marcha de empresas nunca, jamás, ha residido en el tiempo que se tarda en las notarías en autorizar la escritura de constitución;** buena prueba de ello es que el RDL nos impuso plazos brevísimos y se cumplieron sin dificultad. **El problema era y es administrativo.** Por eso, porque nosotros no tardamos, ahora nos desplazan esa problemática vía el DUE y la prestación de servicios como PAE. En parte, es el reconocimiento de un éxito (el de la celeridad de las notarías); en parte, el de un fracaso (el del legislador en 2010 errando el diagnóstico). «No digas que no te lo advertí», como diría Trías de Bes.

1. ¿Triunfará la introducción del empresario de responsabilidad limitada?

Sinceramente, creo que no; con una excepción, si nos dejan. Además, genera una

situación que puede resultar curiosa. Finalmente, incurre en un error técnico.

Creo que no porque las nuevas figuras tropiezan con la costumbre y tienen difícil sobrevivir, si hay soluciones ya conocidas y, sobre todo, si lo ya conocido es mejor. Si para salvaguardar la vivienda siempre que no exceda de 300.000 euros (o 450.000 euros, en poblaciones de más de un millón de habitantes) debo inscribir en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, asumir responsabilidades y obligaciones de todo tipo (formular, auditar —si procede— y depositar anualmente las cuentas anuales, asegurarme que no olvido el plazo de siete meses para ese depósito so pena de perder el beneficio de exclusión de la vivienda, etc.) y dudas interpretativas (medio de determinación del valor de la finca, posibles colisiones de calificaciones registrales, etc.), no siendo aplicable esta limitación de responsabilidad a deudas con la Seguridad Social o tributarias, lo prudente y razonable será **optar por la Sociedad Limitada Unipersonal (si se quiere, hasta de formación sucesiva), que permite salvaguardar no ya la vivienda, sino todo el patrimonio, si la realidad fuese como parece que se la imagina el legislador (que debe habitar en otro país que no es España).**

La realidad es que una empresa necesita recursos *equity* (capital, recursos propios) o *liabilities* (financiación ajena). No pretendo ser perfecto en la explicación, pues consumiría tiempo. Si el emprendedor no tiene recursos propios, pedirá financiación. Y quien presta su dinero (el banco) suele tener la mala costumbre de querer «colaterales», garantías... así que la vivienda acaba hipotecada, la sociedad es avalada o los fondos, pignorados.

Una vez más, como siempre digo, si el diagnóstico es erróneo, el tratamiento difícilmente será el adecuado.

La posible excepción (en cuanto al interés de la figura) no son las personas que desarrollan una actividad empresarial, sino las que desarrollan una «actividad profesional». Por ejemplo, registradores, auditores o notarios debemos ejercer profesionalmente como personas físicas. En cada operación, en cada firma, nos jugamos todo el patrimonio. Si nos creemos la norma, acogiéndonos a la figura del empresario de responsabilidad limitada, ¿nos admitirán una limitación de responsabilidad? Cualquiera habrá visto



que las cifras de reclamación a la empresa auditora de Pescanova son de varios millones de euros. ¿Sería esta una vía para que todos los auditores salven, al menos, su vivienda? La realidad es que **creo que los profesionales nos merecemos también una limitación de responsabilidad**. No entiendo que notarios y registradores no hagamos frente común para diseñar un sistema de responsabilidad que nos permita trabajar con tranquilidad. Todos sabemos que en otros países las demandas de responsabilidad civil son el medio de vida de despachos enteros, que alguna sentencia condena incluso por entender que la redacción podría ser algo más clara, que la previsibilidad de la ausencia de responsabilidad por muchas advertencias que se hagan cada vez es menor... Contaría anécdotas curiosas (el avalista debidamente informado, el reclamante que jamás había comparecido en mi Notaría), pero no tenemos tiempo.

Finalmente, **la situación curiosa es la colisión de calificaciones entre el Registrador Mercantil y el de la Propiedad**. Un Registrador Mercantil (naturalmente) ha escrito: «El Registrador de la Propiedad debe limitar su calificación a los posibles obstáculos que resulten del registro, sin tener en cuenta otros posibles defectos que puedan surgir de la certificación registral mercantil»⁽³⁾. Creo que tiene razón. Pero **si semejante frase la escribe un Notario respecto de su actuación, corren ríos de tinta sobre un supuesto ataque competencial**. Se ve que lo aceptable entre hermanos es rechazable entre primos, un criterio que parece sorprendente... No puedo acabar sin tener en mente que, contrariamente a lo que el Registrador Mercantil espera, tengo una escritura societaria perfectamente inscrita en el Registro Mercantil y que el Registrador de la Propiedad se niega a inscribir porque, a su juicio, el Registrador Mercantil no tendría que haber inscrito el acto societario. Absurdo, pero real. Por eso creo que García-Valdecasas tiene razón... si lo escribe él, porque si lo «escrituro» yo, parece que no es así.

El error técnico es que la declaración de constituirse en empresario de responsabilidad limitada no debe ser nunca objeto de acta (ni de manifestaciones, ni de referencia), sino de escritura pública (evidentemente, unilateral, aunque puede que comparezca el cónyuge o la pareja), pues el objeto de las actas y el de las

escrituras no puede confundirse (art. 17 LN). A mí me parece innegable que hay una declaración de voluntad y una prestación de consentimiento (la vivienda exenta de responsabilidad será esa y no otra) que produce efectos jurídicos. Esa es materia de escritura, no de acta.

2. ¿Triunfará la sociedad de responsabilidad de formación sucesiva?

Sinceramente, creo que tampoco (generándose, además, un problema añadido).

Creo que tampoco porque no compensará. Aparentemente, se produce un posible ahorro, al no tener que ingresar en cuenta de la sociedad 2.999 euros (puede constituirse la sociedad con capital inferior al legal, pero no sin capital, y ya va a ser complejo fijar participaciones respecto de céntimos de euro). El ahorro es aparente, ficticio, pues solamente se trata de no ingresarlo en la cuenta. Toda sociedad que comienza necesita, sin duda, algunos euros para su actividad, y si no son desembolsados como capital, serán préstamo del socio. Si para ese ahorro ficticio o nominal debo asumir hacerlo constar en estatutos, incrementar la reserva legal, no repartir dividendos si el patrimonio neto no queda cubriendo el 60 % del capital mínimo; si debo limitar la suma de dividendos a repartir al 20 % del patrimonio neto, y si debo limitar la retribución del administrador a ese mismo límite y, además, agregando ambas partidas... optaré por la Sociedad Limitada ordinaria.

El problema añadido es que la Ley parece permitir que se retribuya al administrador tanto como administrador cuanto como trabajador por cuenta ajena o por la prestación de servicios profesionales distintos al ejercicio de su cargo. Y todo ello justo cuando en las notarías se han sucedido las consultas acerca de la situación del administrador en la Seguridad Social y la deducibilidad o no en el Impuesto de Sociedades de lo retribuido al administrador, con la correspondiente obligación de declarar o no en el IRPF lo percibido por este. Muchísimas sociedades están cambiando el régimen de retribución del administrador. Como siempre, falta una visión global. **La situación de los administradores y la compatibilidad o no de sus retribuciones y su tratamiento fiscal en el Impuesto de Sociedades y en el IRPF, así**

como su situación en la Seguridad Social, sí que resulta confuso y merecería una norma omnicompreensiva. Frente a esta necesidad, la necesidad de una Sociedad Limitada de formación sucesiva parece una nimiedad.

3. ¿Triunfarán los PAE?

La idea es buena, pero, como siempre recuerdo que decía Tom Peters: «Hoy en día, la capacidad de diseñar una estrategia carece de valor, si no se tiene la capacidad de implementarla» (más o menos). **Si queremos que los PAE triunfen (en especial, los de las notarías), no hay más vía que formación actualizada, asignación de recursos, centro de consultas, unificación de criterio, etc.** La norma prevé que no todos los servicios sean gratuitos. Se puede, pero el voluntarismo no basta. Por una vez, podríamos hacerlo bien. No me extiendo.

Todos los que escriben dan por hecho que en los convenios de establecimiento de PAE constará el catálogo de servicios que deben prestarse gratuitamente y los que devengan contraprestación económica. Sería un acto de realismo, pues nadie trabaja totalmente gratis, pero miedo me da...

4. ¿Era necesario volver a regular con rango de ley la constitución telemática de sociedades, el DUE, el CIRCE y otras pretendidas novedades?

La verdad es que la sensación es de déjà vu. En mi Notaría llevamos constituidas telemáticamente muchísimas sociedades exprés sin problema alguno, una vez superadas las resistencias iniciales. Siempre he dicho que «las leyes necesitan solera». Es necesario un plazo de conocimiento e implantación. Cambiarlas compulsivamente para dar la sensación de que se hace algo antes de ver los frutos de la norma anterior parece un error.

Como anécdota, esta misma semana, desde una Notaría de 60.000 habitantes, me solicitaron el modelo de las sociedades exprés, pues era la primera que hacían... tres años después de la norma. Me remito a lo que dije en mi trabajo sobre la materia antes citado. Ahora que esa Notaría (y otras) ya sabe hacerlas, les cambian la norma, y todo para introducir cambios menores que

solamente afectan a unas pocas horas de diferencia.

El DUE, el CIRCE, los estatutos tipo... todo eso ya existía. El hecho de organizarlo de una forma u otra no sé si necesitaba una ley. Además, **el problema de la colisión con sistemas informáticos de las CCAA, que sí necesitaría una norma de armonización y que sí debería ser objeto de un programa público único, no se solventa.**

Lo único que cambia es que no sea necesaria la justificación documental del ingreso en cuenta del capital de estas sociedades. Tampoco tardaban tanto, la verdad.

5. ¿Qué nuevos tipos de sociedades hay?

Con el RDL 13/2010, enumeramos tres tipos y los que subsistían de la norma. Ahora, el art. 5 está derogado [vid. letra d) de la Disposición Derogatoria de la Ley que comentamos], excepto el art. 5, 2, c), que creo que debe entenderse que decae, al no tener objeto.

Así pues, tenemos (sabiendo que en todas pagaremos BORME y deberemos acreditar la exención de operaciones societarias):

- 1) Sociedades limitadas de formación sucesiva constituidas en escritura pública.** No hay que acreditar al Notario el desembolso del capital (basta manifestación) y se pueden constituir de diversas formas; pueden permanecer con capital inferior al legal sin limitación temporal (así parece).
- 2) Sociedades limitadas constituidas en escritura pública con estatutos tipo.** Parece ineludible utilizar el DUE y CIRCE (art. 15.2 «se utilizará»). Tampoco hay que acreditar el desembolso del capital (basta manifestación). Parece que precisa desarrollo reglamentario (art. 15.1). Los actuales estatutos tipo de la OM de Justicia estarían derogados, pero parece que los registros los van a aceptar hasta la publicación de los nuevos. Se califican e inscriben en seis horas hábiles.
- 3) Sociedades limitadas constituidas en escritura pública sin estatutos tipo en que se opte por concertar la fecha de otorgamiento de la escritura por los PAE.** Parece que se aplica lo dispuesto en el art. 15, pero con especialidades. El

punto 1 dice que «podrán optar...». Como se aplica el art. 15.4, tampoco hay que acreditar el desembolso del capital (basta manifestación). Se inscriben, inicialmente, en seis horas hábiles (no se menciona calificación alguna). Luego hay una inscripción definitiva como modificación de estatutos en el plazo ordinario de calificación (y en esta sí hay calificación).

- 4) ¿Existe entonces la modalidad de sociedades limitadas constituidas en escritura pública sin estatutos tipo en que no se opte por concertar la fecha de otorgamiento de la escritura por los PAE? Parece que sí, por la expresión «podrán» del art. 15.1.** En tal caso, para estas sociedades y solamente para estas sociedades, seguiremos exigiendo el certificado bancario de desembolso del capital social. La verdad es que parece totalmente absurdo. El plazo de calificación aquí sería el ordinario y habrá calificación desde el principio.

No entro en otras figuras menores que puedan subsistir.

6. ¿Los estatutos tipo volverán a ser tan deplorables desde el punto de vista técnico como los de la OM anterior?

Cualquier Notario o Registrador habría elaborado unos estatutos tipo mucho mejores o, cuando menos, legales (a mi juicio, los de la OM atentaban contra la LSC y la doctrina consolidada en objeto, administradores solidarios, etc.). Me remito a lo que dije. Solamente espero que se cumpla el principio *non bis in idem*.

Mi **experiencia práctica actual** (Registro Mercantil de Barcelona) es que: 1) siempre que el Notario presente por la plataforma telemática notarial escrituras con los estatutos tipo antiguos, se considera que los plazos son los del art. 15, **una vez se justifique pago del BORME, cuya ausencia es defecto subsanable**, y 2) se aceptan los estatutos tipo antiguos en tanto no se publiquen los nuevos.

7. ¿Podemos entender que volvemos al arancel ordinario?

La cuestión menos técnica, pero de interés, dada la situación de muchos registros y notarías, es la siguiente: si derogadas las figuras del RDL 13/2010, decae su especial

régimen arancelario. Lo razonable es entender que sí, pero comprendan que en sábado no sea mi preocupación esencial.

Añadan a ello que, por ejemplo, **la exención de pago de tasas del BORME ha decaído, luego parece que todo el régimen de estas sociedades exprés ha desaparecido y no podemos aplicar a los nuevos tipos, totalmente diferentes y con obligaciones adicionales, normas pensadas para otras situaciones.**

8. ¿Cuándo adquieren personalidad las sociedades sin estatutos tipo?

Desde hace años, vengo explicando que Internet lo cambia todo y que nos afecta. Desde el momento en que Notaría y registros de la propiedad y mercantiles están conectados en tiempo real, lo razonable es entender que cualquier acto surte todos sus efectos jurídicos en el momento de la verdad, en el momento de prestación de consentimiento. Y dado que la publicidad hoy es inmediata, los efectos respecto de terceros comienzan prácticamente sin solución de continuidad (BORME aparte).

El proceso de la Ley se inicia, primero, con la autorización notarial de la escritura de constitución. A continuación, segundo, con la inscripción provisional en seis horas hábiles en el Registro Mercantil; de donde, dado que ni siquiera plantea una calificación de la escritura, habría que concluir que la personalidad jurídica surge en el momento de la escritura más seis horas hábiles (y, lógicamente, a las seis horas se retrotrae al momento de la presentación). Después, tercero, hay una inscripción definitiva, pero «como modificación de estatutos», luego la sociedad ya existía.

Comprendo perfectamente que se haya escrito «el artículo debe ser interpretado en sentido totalmente opuesto a lo que literalmente dice la norma», pero parece imposible defender con éxito esa tesis en un Tribunal. **Parece claro que el legislador** (quizá solamente por el efecto maquillaje en el *ranking* del *Doing Business*) **quiere el efecto de constitución y personalidad jurídica en seis horas hábiles, no quince días.** Las cuitas de notarios y registradores poco le importan y, la verdad, creo que con razón.

9. ¿Es muy importante legalizar los libros de actas y los de acciones nominativas o el libro registro de socios?

En el mundo actual, donde las sociedades pueden publicar su convocatoria en web, parece que habría otros medios de conseguir el objetivo, máxime si recordamos que los libros de acciones o socios no tienen demasiados cambios.

10. ¿Era muy importante imponer en la Ley que todos los registros (propiedad, mercantiles y bienes muebles) dispongan de un sistema informático único?

Ante todo, el sistema informático que de verdad debería unificarse si se quiere un mercado único debería ser el de las CCAA en materia de impuestos indirectos. Nos ahorraría muchos problemas a todos los operadores (gestores, entidades financieras, ciudadanos).

En general, creo que registradores y notarios nos hemos equivocado con nuestras estrategias en sistemas de la información, y nos cuesta mucho dinero. Quizá lo lógico es imponer un estándar, homologar las aplicaciones que lo cumplan y no asumir costes faraónicos de desarrollo que devienen obsoletos antes de implementarse. Probablemente, incluso deberíamos subcontratarlo casi todo (no sabemos gestionar empresas de ese calado; sencillamente, nadie es capaz de controlarlas).

¿Por qué esta insistencia, pues, en un tema que no parece materia de ley? La verdad: no quiero saberlo.

En las dos candidaturas a la Junta de Gobierno de los Registradores, conozco profesionales con los que la relación ha sido óptima y dispongo (espero) de algunos amigos. Como creo en la honorabilidad de todas las personas y en su preocupación por el bien común, no pienso entrar en estas materias, ni valorar cooperativas ni sociedades constituidas en países iberoamericanos. Que nadie cuente conmigo para airear estos temas.

Por eso me ha sorprendido que la problemática de la contratación de servicios informáticos con sociedades de registradores o familiares aparezca en el programa⁽⁴⁾ de una candidatura y que la otra dé una explicación que no sabía que nadie pidiera



sobre la existencia de una cooperativa que desarrolla programas informáticos⁽⁵⁾.

No soy quien para dar consejos a nadie. Cuando era miembro de la Comisión de Control de Sistemas de la Información del Notariado, quise desarrollarme una mínima aplicación que juzgué necesaria para mi despacho, sin ninguna comercialización. Para evitar toda incompatibilidad, por el mero hecho de la información de sistemas que podía tener, dimítí. El problema de las «murallas chinas» excesivas es que, al final, solamente se podrán encargar de la informática los que no tienen ningún interés por la informática. Será lo de «la mujer del César». Obré así, y no juzgo cómo deben obrar los demás. Visto lo que cuestan las empresas de informática a notarios y registradores, toda transparencia es poca.

Sí creo que el monopolio en informática (registral o notarial) es un error y que, en esta materia, la competencia abarata costes.

11. ¿Ha cambiado algo en materia de poderes?⁽⁶⁾

La verdad, tampoco lo creo.

Pese a que el art. 41 ha levantado cierta polvareda, quizá no sea más que una tormenta en un vaso de agua o la típica situación del «bombero pirómano», que crea el fuego para luego decir que lo ha apagado.

Antes de la Ley del Emprendedor, siempre ha habido poderes que deben constar en escritura pública y otros que no. Ya desde la redacción del art. 43, 2 LGT (Ley 230/1963), según la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se admitían los documentos de representación

«normalizados» (norma derogada que siguen citando algunos modelos). De hecho, la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, en su actual art. 46, sobre la «Representación voluntaria», dice: «2. [...] A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración Tributaria para determinados procedimientos». Y, naturalmente, nadie ha dudado nunca que, por el contrario, **deben constar en documento público:** «5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero». Era así y, a mi juicio, sigue siendo así.

Frente a esto, argumentar que el art. 41, ubicado dentro de un capítulo dedicado a la «Simplificación de cargas administrativas», no se esté refiriendo a los poderes de representación ante la Administración, sino a los poderes que deben perjudicar a tercero, me parece un sinsentido.

Si nos vamos a la literalidad de la norma, esta no dice que los poderes «deben» inscribirse en el Registro Mercantil, sino que «dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda». Ni siquiera habla, pues, de documentos a inscribir en el Registro Mercantil, sino en los registros (lo lógico es pensar *administrativos*) que corresponda. Y ya no dice nada de que los poderes deban inscribirse en el Registro Mercantil. Incluso si se interpreta que entre esos registros se incluye el Mercantil, a lo sumo habla de «podrá ser remitido»; nada en absoluto sobre obligación de inscripción. Con lo que:



— **O se defiende que la norma cambia el sistema totalmente**, con lo que ni la escritura de poder es obligatoria (art. 1280 CC) ni lo es la inscripción de poderes (ya no dice que deben inscribirse, sino que pueden inscribirse; el art. 22 CCom. habla exclusivamente de poderes generales, y solamente el RRM nos dice que se inscribirán los poderes, excepto los especiales). Si la norma tuviera fuerza para derogar el art. 1280 CC, con mayor motivo el art. 22 CCom. y un mero reglamento.

— **O se defiende que la norma no cambia el sistema en nada**, de forma que los poderes que deben constar en escritura siguen debiendo constar en escritura y la inscripción que ahora sea obligatoria sigue siendo obligatoria.

Con la primera interpretación en la mano, la misma razón tengo para aceptar un poder electrónico sin escritura e inscrito que sin escritura y sin inscripción.

Además, en todo caso, la eficacia respecto de terceros hoy no viene del Registro Mercantil, sino de la publicación en el BORME. ¿Se podría llegar al absurdo de que una sociedad publique sus poderes sin escritura y sin inscripción alguna pagando anuncio propio en el BORME? ¿O con escritura y anuncio en el BORME?

De hecho, para poderes bancarios, ya propuse en su día que fuese el Notario

autorizante el que en su web publicase los vigentes.

Por eso, porque creo que al legislador las cuitas de notarios y registradores poco o nada le importan, me parece que ni siquiera estaba pensando en ninguno de ambos cuerpos al aprobar la norma. Porque, si lo estaba (y nos empeñamos en usar la norma como arma arrojada), sería malo para ambos.

12. Leyes y reglamentos a reformar

En mi modesta opinión, también el RN. Es cierto que lo reformamos en 2007, pero en los tiempos actuales no tiene sentido actualizar el RH y el RRM y no el RN.

13. En concreto, llevamos una eternidad esperando la regulación de seguridad de la copia simple electrónica a particulares que ahora es imperativa, a tenor del art. 15, 4, d)

14. Aunque pocos o nadie esté de acuerdo, sigo pensando que tenía razón hace seis años

Por otro lado, ya desde que escribí hace un sexenio, respecto de la firma electrónica de notarios y registradores, propuse (titulando expresamente el capítulo «En lo que pocos estarán de acuerdo: el documento notarial electrónico en su aspecto

matriz») la conveniencia de dar un paso al frente, asumir la previsión legal y **defender notarialmente la posibilidad de crear y recibir documentos electrónicos notariales, especialmente en actos unilaterales, normalmente de sociedades cotizadas y controles internos, y de crear documentos mixtos: electrónicos para las entidades financieras y físicos para defensa de los consumidores, por ejemplo, en las hipotecas.** Nadie detendrá la revolución tecnológica.

En mi modesta opinión, hay que reformar el Reglamento Notarial. En los tiempos actuales, no tiene sentido actualizar el Reglamento Hipotecario y el Reglamento del Registro Mercantil y no el Reglamento Notarial

«*El pesimista se queja del viento, el optimista espera que amaine, el realista ajusta las velas*». Volvamos a ajustar las velas y asumamos el timón de una revolución inevitable antes de que a alguien se le ocurra que, si se puede inscribir la constitución sin calificación, ¿por qué no todos los actos societarios? O si se puede otorgar un poder de representación ante la Administración telemáticamente, ¿por qué no otros, con control notarial y sistemas que garanticen la seguridad jurídica preventiva? Tenemos ejemplos de actuaciones notariales con requerimiento global previo o por razones de urgencia. Podemos hacerlo.

El inmovilismo y la falta de entendimiento de unos y otros nos puede llevar a territorios ignotos de difícil retorno.

15. Otros aspectos de la Ley

No entro en el «Acuerdo extrajudicial de pagos», aunque al Notario puede competirle nombrar el mediador, efectuar notificaciones y autorizar la escritura pública.

16. Lo que de verdad importa a la sociedad

Además de notarios, todos los notarios son licenciados en Derecho o en Administración y Dirección de Empresas (algunos



incluso en ambas materias), y como tales nos pueden parecer mucho más interesantes, lejos de temas sobre qué papel y cuántas horas se tarda en disponer de la escritura inscrita, cuestiones como **la posibilidad de reinversión de beneficios. Sería interesante plantear si son aplicables no solamente respecto del elemento inmovilizado nuevo, sino también respecto de las inversiones inmobiliarias (nuevas o no), pues esta vía podría dar salida al stock que acumulan las entidades financieras, que, en general, no es primera transmisión (por proceder de daciones o compras más o menos forzadas).** En este sentido me he pronunciado y he propuesto textos con frecuencia a quien ha tenido a bien escucharme. No es materia de este trabajo, pero la literalidad del **art. 25, sobre «Incentivos fiscales por inversión de beneficios», que modifica el art. 37 LIS**, habla ahora de «derecho a una deducción en la cuota íntegra del 10 por ciento de los beneficios del ejercicio, sin incluir la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, que se invierten en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, siempre que cumplan las condiciones establecidas en este artículo». La cuestión es si «nuevos» es predicable tanto de aquellos (los elementos del inmovilizado material) cuanto de estas (las inversiones inmobiliarias), con las que no concuerda en género. La doctrina fiscalista es contraria, claro. **O la normativa nueva sobre titulizaciones.** Estos temas sí importan al bien común de la economía del país.

17. Lo que de verdad debería importarnos a los notarios

Hace mucho tiempo defendí que necesitábamos un plan estratégico, un plan de comunicación y un *think tank*.

Resulta doloroso escuchar a dos de las seis mayores entidades financieras del país recriminarnos nuestro silencio ante algunos pronunciamientos judiciales que parecen convertir en mero trámite la autorización de las escrituras de préstamo, que parecen aceptar que la gente no se ha enterado de asuntos clave y que nada hemos hecho. Están molestas porque no hemos defendido nuestra función. Desde luego (y no conozco a nadie que no lo exprese con claridad), siempre he dejado claros los avales y las cláusulas túnel. Los *swaps* nunca se han otorgado ante Notario, y así les ha ido. Como me decía un

Abogado: «No conozco a nadie que haya venido a protestar por la cláusula túnel y que no supiera que la tenía: el Notario se lo había dicho». Si debe ser nula, que lo sea por un motivo distinto de la falacia de que no se lo explicamos. No hace falta más de dos minutos para explicar lo esencial de lo que es un préstamo o una hipoteca. No es la extensión de la lectura, sino la calidad de la información.

La paradoja es que nos recriminen las entidades financieras no defendernos⁽⁷⁾.

Conclusión sobre la Ley

Está claro que puede interpretarse la Ley para hacerle decir otra cosa distinta de lo que dice en varias materias, o incluso para hacer que diga lo que no dice. Está claro que aislando normas puede afirmarse que la inscripción de la constitución de sociedades por vía telemática es automática y no exige ya calificación alguna registral, o que el art. 41 no se refiere a poderes de representación ante la Administración, sino a cualquier poder... El papel lo aguanta todo; el sentido común, no.

La Ley no es un arma arrojada de unos cuerpos contra otros. Igual que a los políticos debe pedírseles «sentido de Estado», a notarios y registradores se nos debe y puede pedir «sentido de la seguridad jurídica preventiva»

En este sentido, felicito a los registradores mercantiles que en la lectura de la Ley buscan soluciones sensatas y de sentido común. **La Ley no es un arma arrojada de unos cuerpos contra otros.** Igual que a los políticos debe pedírseles «sentido de Estado», **a notarios y registradores se nos debe y puede pedir «sentido de la seguridad jurídica preventiva»**, no sea que con comentarios irreflexivos creamos expectativas que acaban yendo contra el interés común de la seguridad jurídica. **Por la misma razón, defenderé que, aunque reducida por la Ley, hay calificación en la inscripción provisional de sociedades.**

Reflexión colateral

Notarios y registradores eran profesiones hace lustros hermanadas y ambas de prestigio. Hoy día, les someto una duda que me corroe y me afecta personalmente: ¿recomendaría a su hijo estudiar las oposiciones de Notario o Registrador a sabiendas de la existencia de ciertas posiciones extremistas que podrían conducir a la desaparición de una, otra o ambas profesiones? Todos mueren matando. Si acorralas a tu adversario sin salida digna posible, luchará hasta la extenuación y con cualquier arma. De seguir así, ¿cómo serán estas profesiones en cinco o diez años? Y si usted no desea ese futuro sin seguridad jurídica preventiva para sus hijos, ¿por qué contribuye a crearlo?

Estoy convencido, pese a todas las crisis, que podemos arreglarlo y proponer soluciones globales. Los políticos tienen situaciones de mayor dificultad, hoy mismo, y esperemos que las resuelvan. Si ellos pueden...

Consumido el sábado en este menester, concluyo con una cita que «rapiño» a Ramón Vázquez, el cual espero que me perdone: «Lo único que necesita el mal para triunfar es que los hombres buenos no hagan nada» (Edmund Burke).

- (1) http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10074.
- (2) Fernando TRÍAS DE BES, *El libro negro del emprendedor: No digas que nunca te lo advertieron*, Ed. Empresa Activa, Barcelona, 2007.
- (3) José Ángel García-Valdecasas.
- (4) <http://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2013/24-elecciones-registradores.htm>.
- (5) <http://candidaturacompromiso.blogspot.com.es/2013/09/preguntas-sobre-bases-graficas.html#p4>.
- (6) Después de escrito este trabajo, el CGN sacó un argumentario jurídico en que, con argumentos de autoridad indiscutible, respalda alguna de las tesis aquí sostenidas, en especial, en lo relativo al art. 41. Para los que deseen profundizar en el tema, les remito al mismo. El problema de escribir para revistas en los tiempos que corren es que los textos pueden quedar obsoletos antes de publicarse.
- (7) Es tan curioso como que sean los culés los que estén defendiendo al antes indiscutible portero titular del equipo rival.

José-Luis Mezquita del Cacho, Notario

Glosa de la figura de José-Luis Mezquita del Cacho pronunciada en el acto de homenaje del pasado 11 de diciembre de 2013



Juan-José López Burniol
Notario de Barcelona

Está escrito: si quieres conocer a un pueblo o a una persona, cuenta su historia. Ella nos proporciona siempre las razones profundas de sus actitudes y las justificaciones de muchos de sus actos. Así intentaré hacerlo ahora, proporcionando algunos datos de la historia personal de quien fue nuestro compañero, el Notario de Barcelona José-Luis Mezquita del Cacho, al objeto de dibujar mejor su perfil profesional y humano.

José-Luis Mezquita del Cacho —según los datos que figuran en el libro *Els degans*, excelente obra de Laureà Pagarolas y Lluïsa Cases— **nació en Madrid el 17 de noviembre de 1928**. Era hijo de Emilio Mezquita Altimiras, militar, y de María del Carmen del Cacho Pastor. Su padre, natural de la capital de España, fue militar por destino familiar, como también lo fue un hermano

suyo, José, muerto en Cuba en 1897. Provenía de una familia acomodada y era hijo de Vicente Mezquita y Paús, Coronel de Ingenieros muerto en Madrid en 1911. Debe destacarse que Emilio Mezquita, hombre adelantado de ideas, fue un militar culto y demócrata. Fiel al Gobierno legítimo de la Segunda República tras la sublevación del 18 de julio de 1936, tuvo que marcharse de Madrid al hacerlo las instituciones del Estado —a fines del mismo año— y refugiarse en Valencia junto con su familia. Murió antes de acabar la Guerra Civil y dejó viuda y dos hijos vivos de los cuatro que había tenido: el pequeño, José-Luis, entonces aún un niño, y su hermano mayor, de nombre Emilio, como su padre, que había nacido en 1916 y que participó activamente en la guerra, alcanzando a los veintitrés años la graduación de Capitán de Carabineros. El

notorio posicionamiento político del padre y del hermano, este último condecorado por la República en enero de 1939 y, después, hecho prisionero y condenado a muerte por haber combatido en defensa de aquella, motivaron que, acabada la guerra, la familia sufriera fuertes represalias y que el precio de su salvación fuera, en cierta manera, su total ruina económica. La madre quedó entonces, por tanto, al frente de la familia. Carmen del Cacho había nacido en Castellón de la Plana, en el seno de una familia culta y acomodada, y era una persona dotada de una fuerte personalidad y de una gran inquietud intelectual. José-Luis recordaba siempre su interés por la política y los acontecimientos sociales, así como sus excelentes dotes como conversadora y narradora de los hechos que había vivido. Mantuvo en todo momento —al decir

de su hijo— una actitud progresista. Pero hay que remarcar especialmente, llegados a este punto, que, viuda y represaliada en la posguerra, se volcó del todo en la formación de sus hijos, en los cuales se apoyó, al mismo tiempo que influía decisivamente en su carrera profesional y vital.

Un inciso quisiera hacer en este punto acerca del **posicionamiento ideológico de José-Luis Mezquita, invariablemente sostenido con fidelidad ejemplar a lo largo de toda su vida**. Recuerdo que, al ingresar yo en el Notariado, en 1971, era sabido que José-Luis Mezquita era un hombre de izquierdas, lo que —dada su condición de conocido y reconocido Notario de Barcelona, que había culminado una carrera rápida y exitosa— era visto por muchos de sus compañeros como una excentricidad del personaje. Nada más lejos de la realidad. **En José-Luis Mezquita, su ideología política socialista era heredada, había sido macerada por el sufrimiento de la represión y había sido consolidada —eso sí— por su propia visión del mundo y de las cosas, fruto de su experiencia vital, de su estudio y de su reflexión**. Todo ello amasado con aquellos ingredientes sin los que cualquier idea es estéril: **un sentimiento de solidaridad humana y una vocación de justicia universal**. Así lo comprendí claramente un día en que el propio José-Luis me comentó, con emoción contenida, los viajes que realizó, de niño y adolescente, acompañando a su madre, que venía periódicamente a Barcelona para vender, siempre a la misma compradora —una aristócrata catalana—, las joyas familiares con cuyo precio pudo sufragar los gastos domésticos —incluidos los provocados por las oposiciones de los hijos— durante aquellos años de plomo. Recordaba José-Luis con gratitud la delicadeza de la compradora, que, pasado el tiempo, acudió sin saberlo a firmar un día a su despacho, y a la que pudo agradecer de palabra su discreción cortés y su invariable buen estilo.

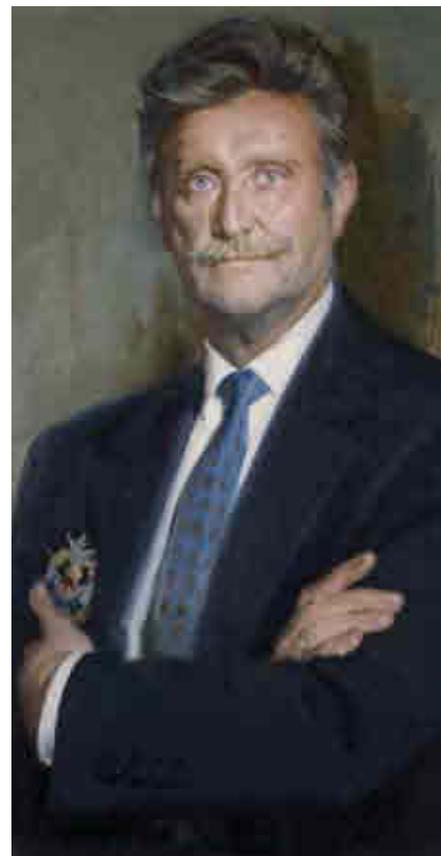
Sigamos con la narración. Emilio Mezquita del Cacho, el hermano mayor, se licenció en Derecho una vez liberado de la cárcel, pero tuvo que renunciar —por su historial político— a la carrera diplomática y a la cátedra de Filosofía del Derecho, que fueron sus primeras vocaciones. Siguiendo el consejo materno, preparó notarías, porque estas oposiciones seguían teniendo la fama de limpias y su expediente político no tenía que pesar en ellas. De esta manera, fue

Notario y, después de varios destinos, se estableció en Valencia, donde murió, todavía joven, tras una larga enfermedad. **La muerte del hermano mayor supuso un fuerte golpe para José-Luis, huérfano de padre desde muy pequeño**.

En José-Luis Mezquita, su ideología política socialista era heredada y había sido consolidada por su propia visión del mundo y de las cosas, todo ello amasado con aquellos ingredientes sin los que cualquier idea es estéril: un sentimiento de solidaridad humana y una vocación de justicia universal

No quisiera dejar de resaltar un hecho: que un antiguo Capitán de Carabineros condenado a muerte tras la derrota, que no pudo ni pensar por aquellos años tremendos en ser Diplomático o Catedrático de Universidad, pudiese hacer con éxito oposiciones a notarías dice mucho en favor del Notariado, este viejo cuerpo en el que existen muchas más cosas dignas de admiración que de desdén, que ha sido un auténtico ascensor social gracias al que jóvenes sin otro capital que su talento y su voluntad podían aspirar a todo, y que tan señalados servicios ha prestado y presta a la comunidad a la que se debe. Y un dato a retener: **Emilio y José-Luis Mezquita fueron notarios, en parte, porque era esta la salida más franca que tuvieron entonces, concorde con sus cualidades y ambiciones**. ¿Hubiese sido Notario José-Luis sin la opción previa de Emilio? Tal vez no. Es imposible saberlo. Pero, en cualquier caso, su decisión honra al Notariado que les abrió sus puertas.

José-Luis Mezquita estudió el bachillerato en Valencia, donde también se licenció en Derecho de manera brillante y con premio extraordinario. Muchos años después, se doctoró por la Universidad de Barcelona, en 1988, con una tesis que se publicó al año siguiente con el título Seguridad jurídica y sistema cautelar. Este trabajo obtuvo el Premio Falguera de aquel año y se convirtió en una de sus obras cumbre. Yo diría que es la obra de su vida: la aportación doctrinal española más importante en su campo —la seguridad jurídica preventiva privada— de la segunda mitad



del siglo XX. Piénsese por un momento desde cuándo se habla de *seguridad jurídica preventiva privada* y se advertirá de inmediato que es desde el momento en que José-Luis Mezquita puso en circulación esta terminología, ya existente pero infrautilizada.

José-Luis Mezquita decidió preparar oposiciones a notarías, bajo el magisterio de Emilio Bartual, el preparador valenciano por antonomasia, responsable en buena medida de la abundancia de valencianos en nuestro escalafón

Terminada la carrera y siguiendo la huella modélica de su hermano mayor, Emilio, y de los antepasados y hermanos de su entonces novia —María-Dolores García-Grano y Fernández de Uribe—, que influyó de un modo determinante en su opción, **decidió preparar oposiciones a notarías, cosa que hizo en un tiempo récord bajo el magisterio de Emilio Bartual**, el preparador valenciano por antonomasia, responsable en buena medida de la abundancia de

valencianos —muchos de ellos muy valiosos— en nuestro escalafón, hasta el punto que podría decirse que el Notariado ha sido, durante largas etapas, una corporación mandada por valencianos.

Pese a haber venido casi a la fuerza, muy pronto José-Luis Mezquita encajó perfectamente en la capital catalana, donde encontró un ambiente más abierto a la cultura y a las ideas democráticas en las que había sido formado, y se quedó con gusto para siempre

Ingresó en notarías en 1953, en los primeros puestos de su promoción, pasando a servir la Notaría de Friol, en el Colegio de La Coruña, donde permaneció hasta 1956, año en que ganó —gracias a unas nuevas oposiciones libres— la Notaría de Baena, tras un paso fugaz —de meses— por Belchite. Fue por aquel entonces también —concretamente, en 1955— cuando contrajo matrimonio en Valencia con su novia de siempre —Lolita—, nacida en 1928 en la misma ciudad. Y procede, llegados a este punto, hacer referencia a la fuerte influencia que en la vida y la dedicación profesional de José-Luis ha tenido su mujer, perteneciente —ella sí, ¡y de qué modo!— a una familia de tradición notarial. Su abuelo, Miguel García López, fue un Notario albaceteño de la segunda mitad del siglo XIX, tras el momento clave de la reforma del sistema notarial español con la Ley Orgánica. Su padre, Miguel García-Granero López (1891-1941), había sido, primero, Notario de Cifuentes y Leiro, para pasar después a Palencia, donde nacieron sus hijos mayores, y, finalmente, a Valencia, capital donde nació el resto de sus nueve hijos. Tres de estos hijos, cuñados, por tanto, de José-Luis, ejercieron la fe pública: Isidoro, como Registrador de la Propiedad; Juan, como Notario, llegando a ser Decano del Colegio de Pamplona, un distinguido especialista en Derecho navarro y, más que todo esto —le conocí bien—, el Notario de Pamplona por antonomasia durante largos años, en los que puso siempre de relieve su gran talento, su hombría de bien y su fuerte carácter, y, por último, Manuel, también Notario, que culminó su carrera en Zaragoza y que fue el primer preparador de quien les habla. No es de extrañar, con estos antecedentes, que



dos de los hijos de José-Luis y Lolita —Emilio y José-Miguel, hoy aquí entre nosotros— sean notarios, al igual que lo son varios primos suyos, continuadores todos ellos de una honrada tradición que se extiende ya a la cuarta generación.

No llevaba José-Luis cinco años en Baena cuando **concurrió a la Notaría de Inca**, donde —según decía siempre José-Luis y ratifica Lolita— pasaron los años más felices de su vida. Finalmente, mediante oposiciones restringidas entre notarios, **el día 25 de marzo de 1965 fue nombrado Notario de Barcelona**, ocupando la plaza que restó vacante por traslado de Manuel Baráibar Arrarás.

Hay que añadir que su destino preferencial —como lo es el de todos los notarios valencianos— era Madrid, ciudad de origen de su familia, que no pudo alcanzar por unas décimas, o Valencia, tierra de su esposa y donde vivió su juventud, plaza para la cual le sobraba nota. Sin embargo, dado que, teniendo en cuenta el particular sistema de oposición a Notarías determinadas, si escogía la plaza de Valencia, la de Barcelona quedaba vacante y el último de la lista de los aprobados se quedaba fuera, José-Luis Mezquita eligió la plaza de Barcelona por obvias razones de compañerismo. Sin embargo, pese a haber venido casi a la fuerza, **muy pronto encajó perfectamente en la capital catalana, donde encontró un ambiente más abierto a la cultura y a las ideas democráticas en las que había sido formado, y se quedó con gusto para siempre**. De hecho, desde muy pronto fue valorado y requerido por los círculos políticos opositores al Régimen, sin perjuicio de que a su convicción de demócrata la precedió siempre la partícula *social*, hecho que le comportó más de una vez ciertos recelos y críticas, aunque **siempre le fue reconocido su prestigio como Notario, su honradez como persona y su rigor como intelectual**.

Fue persona culta, con aficiones muy amplias, que incluían la lectura —extensa y variada—, la música clásica —nunca preterida— y el cine —semanalmente frecuentado. Era de una alta valía profesional y humana, ecuaníme y justo a la vez que próximo. **Destacó sobre todo por su ética, inteligencia, sólida formación, dialéctica excelente, capacidad de trabajo y estimación sin límite para la institución notarial, la cual entendió siempre como una función esencial de servicio a la sociedad, poniendo además énfasis en la deontología, la tutela de la parte más débil y la protección privilegiada del consumidor. De esta manera, el rigor jurídico, el asesoramiento competente, la imparcialidad y la honradez fueron para él la esencia de la seguridad jurídica**. Así lo manifiestan sus múltiples estudios sobre el Notariado y su tarea como preparador de nuevos notarios.

José-Luis Mezquita concibió la institución notarial en su papel de servicio a la sociedad, poniendo además énfasis en la deontología, la tutela de la parte más débil y la protección privilegiada del consumidor. Así, el rigor jurídico, el asesoramiento competente, la imparcialidad y la honradez fueron para él la esencia de la seguridad jurídica

Después de casi cuarenta y cinco años de ejercicio profesional, **se jubiló el 21 de diciembre de 1998**, al cumplir la edad reglamentaria de setenta años, **y en febrero de 1999 la Dirección General lo nombró Notario honorario**. Al año siguiente de jubilarse, incapaz de alejarse del mundo del Derecho, empezó su colaboración en uno de los muchos despachos de abogados de la capital, que lo habían conocido como Notario y sabían de su valía extraordinaria, hasta que las reformas legales y la salud se lo permitieron. En la misma línea, hay que destacar que **ha sido miembro distinguido de la Asociación Libre de Notarios «Joaquín Costa»**, en cuya constitución tuvo un papel destacado. Además, desplegó una **notable actividad docente en la Universidad**. Y, crítico con la dictadura, apasionado y entregado, colaboró de manera decidida con partidos políticos e instituciones en la tarea



legislativa y trabajó al lado de asociaciones de consumidores y de otros agentes y colectivos sociales en la defensa de sus derechos, como también en las reformas de las leyes de parejas de hecho y del matrimonio homosexual.

Después de casi cuarenta y cinco años de ejercicio profesional, se jubiló el 21 de diciembre de 1998, al cumplir la edad reglamentaria de setenta años, y en febrero de 1999 la Dirección General lo nombró Notario honorario

Entre los cargos que desempeñó y las instituciones académicas y jurídicas de las que ha formado parte, hay que enumerar —destacando, en primer lugar, su condición de **académico de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña**, con la Medalla Joan Pere Fontanella—, que fue **Profesor de Derecho Documental en la Universidad de Barcelona y en la Pompeu Fabra**. Asimismo, además de otros reconocimientos, el 6 de diciembre de 1997 se le concedió la **Cruz de Honor de Sant Raimon de Penyafort**, que le fue impuesta el día de la fiesta patronal de 1998. Y el 29 de julio de 2005 se le otorgó todavía la **Gran Cruz de Sant Raimon de Penyafort**, máximo reconocimiento a su tarea, dedicación y fidelidad a sus principios, que le fue impuesta en la sede colegial, en un acto presidido por el Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar.

La obra editada de José-Luis Mezquita del Cacho es realmente muy copiosa, tanto en libros como en artículos editados en revistas, así como en participaciones en trabajos colectivos. Y es una obra que destaca porque, más allá de su alta y reconocida calidad jurídica, **aporta respuestas y soluciones concretas a cuestiones de interés general**. Traté mucho a Mezquita y siempre tuve claro que **confluían en él tres condiciones para hacerle un Jurista de excepción: en primer lugar, una inteligencia finísima, imaginativa y original; en segundo término, un depósito de conocimientos almacenado en una memoria grande, desarrollada y cultivada por el esfuerzo «opositoril» en la época más dura de las oposiciones a notarías, y, por último, una clara concepción de los pro-**

blemas jurídicos como conflictos de intereses que siempre hay que resolver atendiendo a los principios e interpretando la norma con aquella flexibilidad sin la que no hay progreso jurídico. Fruto de esta visión práctica, a la vez que técnicamente impecable y éticamente intachable, fueron las fórmulas que ideó para poder enajenar los muchos bienes legados a una determinada institución benéfica barcelonesa, que llevaban décadas inmovilizados por una interpretación restrictiva de la vinculación ordenada en testamento o donación. Y también fue remarcable la salida que buscó y halló para dotar de una estructura jurídica eficaz a los fondos de inversión inmobiliarios carentes de normativa específica, mediante la utilización de las sociedades comanditarias por acciones de las que el socio colectivo era una sociedad anónima.

Además de muchos otros temas tratados, José-Luis Mezquita **dedicó siempre una atención preferente a explicar la esencia de la función notarial en nuestro sistema latino**. De hecho, es frecuente afirmar —como ya he apuntado anteriormente— que **él ha sido el constructor del concepto seguridad jurídica preventiva**, denominado también *sistema cautelar o justicia preventiva*. De este amplio campo de estudios jurídicos de la institución notarial, hay que destacar, en primer lugar, los libros que enumeramos a continuación: *Introducción al Notariado y al sistema notarial español: la función notarial y el instrumento en el contexto de la seguridad jurídica privada* (1983); *El Notariado y los registros: orientación vocacional y de estudios* (1986), en colaboración con Jesús López Medel; *El Notario español y su papel en las estructuras del Estado y la sociedad* (1988); *Seguridad jurídica y sistema cautelar. Para su protección preventiva en la esfera privada* (1989), en dos volúmenes y que constituyó su tesis doctoral, y *Sobre la unificación de la fe pública documental: reflexión sobre un tema de estado y sociedad* (1995).

Sobre el mismo tema notarial, merecen destacarse los artículos siguientes: «El Notariado español y su papel en las estructuras del Estado y la sociedad» (1984), publicado en la *Revista de Derecho Notarial*; «La función notarial como servicio» (1984), en el *Boletín de Información del Colegio de Granada*; «La función notarial y la seguridad jurídica» (1984), conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, publicada en el primer volumen de sus *Anales* (1986); «La pro-

tección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito bancario» (1987), en el *Boletín de Información del Colegio de Granada*; «La seguridad jurídica y el derecho de los consumidores» (1990), en el *Seminario sobre Seguridad Jurídica*; «Función notarial y derecho de los consumidores» (1991), en el *Boletín de Información del Colegio de Granada*; «La seguretad jurídica documental a l'Europa unida del segle XXI» (1998), discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, y «Las pruebas documental y paradocumentales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (2001), conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, publicada en el volumen decimotercero de sus *Anales* (2003).

Respecto a otras ramas del Derecho, destacan estos trabajos: «Conmutación del usufructo viudal común: análisis del art. 838 del Código Civil» (1957), en la *Revista de Derecho Notarial*; «Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes» (1958), en el *Anuario de Derecho Civil*; «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho» (1959), en la *Revista de Derecho Español y Americano*; «Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal» (1975), en el *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*; «La forma, garantía del contrato» (1989), conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, publicada en el volumen quinto de sus *Anales* (1991); «Las sociedades de profesionales» (1993), en el volumen séptimo de la misma publicación; colaboración a los *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre* (1994), coordinado por Lluís Jou; «El “crèdit” com a substitutiü del préstec en el finançament hipotecari de l'habitatge, i la Llei 2/1994, de subrogacions i novacions» (1998), en la *Revista Jurídica de Catalunya*; «El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad aplicativa» (1999), en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (XXXIX); «El “requerimiento” de pago al deudor en el llamado *procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria*» (1999), en el *Libro homenaje a Jesús López Medel*; «El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana» (2002), en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, y «Un efecto perverso de la normativa sobre inscripción de los ceses de administradores de sociedades de capital» (2003), en la *Revista de Derecho Privado*.

En la revista *La Notaría* publicó igualmente numerosos trabajos, cuya

enumeración sobrepasa el alcance de esta intervención, con más razón cuando son fácilmente recuperables gracias a los recursos electrónicos. En todo caso, por su interés, relacionamos: «La protección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito bancario» (1987); «Respondere, postulare, cavere» (1989), que se había editado antes en el volumen sexto del homenaje a Joan B. Vallet de Goytisolo (1988); «La absorción por el Notariado de los corredores de comercio (problemática y expectativas)» (1991); «El derecho de consumidores y usuarios a la elección de Notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios» (1992), editado también por otras revistas; «La imparcialidad del Notario» (1993); «Fondos de compensación y juegos de diccionario» (1996); «La independencia e imparcialidad del Notario ante los agentes económicos» (1997); «Las pruebas documentales y paradocumentales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (2000); «Las adquisiciones conyugales con pacto de sobrevivencia como fórmula aleatoria en la formación del patrimonio familiar» (2005), y «El tráfico inmobiliario y la función notarial» (2006).

Como temas dominantes objeto de publicación, destacan: la seguridad jurídica preventiva privada, la función del Notario en el marco de esta y numerosas aplicaciones prácticas, poniéndose de manifiesto los ideales permanentes que informaron desde siempre toda su vida: la libertad y la verdad como presupuestos *sine qua non* de la Justicia

Hay que destacar, por último, su esporádica pero destacada publicación en medios de comunicación. Valgan por todos tres artículos publicados en *El País*: «Nuevos vientos para el crédito inmobiliario. El fondo de la forma» (28 de marzo de 1989); «Firmeza frente en la especulación» (18 de junio de 1991), y «Racismo, xenofobia y discriminación» (30 de junio de 1995).

Si sobrevolamos todos estos numerosos trabajos, resulta fácil destacar los temas dominantes: la seguridad jurídica preventiva privada, la función del Notario en el marco de esta y numerosas aplicaciones prácticas

—en diversas instituciones jurídicas— de los principios generales elaborados en los dos apartados precedentes. Pero, si levantamos un poco más el vuelo, advertiremos que todo este entramado intelectual no es más que un conjunto de herramientas para hacer viables, en la sociedad de su tiempo y a la vista de sus problemas concretos, los ideales permanentes que informaron desde siempre toda su vida: la libertad y la verdad como presupuestos *sine qua non* de la Justicia. Tres textos suyos nos lo muestran:

El primero, de 1989:

La seguridad jurídica auténtica [...] es [...], a diferencia de la seguridad primaria derivada del puro orden, un factor tan decisivo para la estabilidad del Estado como pueda serlo la realización de la Justicia individual, de manera que, cuando en mayor medida descansa el ordenamiento en fundamentos de seguridad jurídica rigurosa, antes que de seguridad material, más sólida será la adhesión prestada por los ciudadanos al sistema y, en definitiva, más seguro y más a cubierto de subversiones estará el propio orden originador de aquella seguridad [...].

En esa realidad está la clase del carácter irremisiblemente claudicante de todas las dictaduras: en su confusión entre la seguridad política o primaria, derivada del puro orden impuesto —y que, en realidad, está pensada más para el aparato del Estado que para la sociedad y sus miembros—, y la verdadera seguridad jurídica, que solo surge de la conciencia colectiva de la juridicidad del sistema.

El segundo, de 1991:

En la jerga financiera se habla de desregulaciones y desintermediaciones indicando generalmente la liberación de controles formales externos, a sustituir por autocontroles internos (conceptualmente aberrantes por cuanto yuxtaponen las situaciones de calificador y parte), primer paso que prepara para el futuro otro aún más decisivo, del autocontrol a una autorregulación por estatutos, condiciones generales y otros privilegios normativos propios de entes institucionales públicos... pero sin pasar por la inconveniente nacionalización, sino permaneciendo en la pura privacidad, con soslayo de los principios constitucionales de igualdad ante la ley, legalidad, seguridad jurídica y protección del consumidor.

Estas desregulaciones se presentan como abaratadoras, pero, luego, el abaratamiento dura lo que la alegría en la casa del pobre: los meses inmediatos. De ahí a la eternidad aparecerán facturadas como servicio, angelical vocablo que legitimará costes multiplicados para el consumidor.

El tercero, de 1989:

Desde mi cada vez más soslayada actividad de dispensador de formas de garantía, seguiré [...] defendiendo nuestra imparcialidad independiente ante los grandes agentes que mueven los hilos de la contratación. Porque ese es el fondo de la forma. Y a eso responde la publicación de esta reflexión. Ya que no podré hacerla a los contratantes uno por uno, que mi prevención llegue a tiempo al mayor número posible de potenciales contratantes privados a través de un medio de comunicación.

José-Luis Mezquita ingresó en la Academia de Jurisprudencia el día 1 de diciembre de 1998, con un discurso sobre «La seguridad jurídica documental en la Europa unida del siglo XXI», que fue contestado por el académico, también Notario, Lluís Roca-Sastre y Muncunill

José-Luis Mezquita ingresó en la Academia de Jurisprudencia el día 1 de diciembre de 1998, con un discurso sobre «La seguridad jurídica documental en la Europa unida del siglo XXI», que fue contestado por el académico, también Notario, Lluís Roca-Sastre y Muncunill. Ocupó el sitial «Joan Pere Fontanella», que había dejado vacante Lluís Figa Faura y que, antes que este, habían ocupado Joan Maluquer i Rosés y Frederic Trias de Bes y Giró. Mezquita tuvo una vida académica activa desde la primera comunicación que presentó, el día 20 de marzo de 1996, sobre la financiación de la vivienda y la Ley de Subrogación Hipotecaria de 1994. Pero vale la pena adentrarse, aunque sea brevemente, en el contenido de su discurso de ingreso, en el que se condensa lo que fue el núcleo duro de toda su aportación intelectual al mundo del Derecho, y —también se tiene que remarcar— que constituyó la pauta de conducta de toda su vida profesional. Se podría resumir en estas palabras,



que son suyas: «el fondo de la forma», es decir, la forma como pretexto para entrar en el fondo del negocio, desarrollando una función equilibradora que haga posible aspirar, en el ámbito de los negocios jurídicos, a la realización de un ideal de Justicia. En realidad, José-Luis Mezquita tomó la formulación inicial de esta idea —la forma como pretexto para entrar en el fondo— de José González Palomino, quizás el más sugerente Jurista de su promoción de notarios, la promoción posiblemente «príncipe» del Notariado español moderno, ingresada en las oposiciones celebradas en La Coruña en 1927, de cuyo Tribunal juzgador formó parte Manuel Azaña en su condición de Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y cuyo número uno indiscutido fue Ramón Faus. En esta línea, pensaba Mezquita que se extiende en la opinión y en los hechos una cierta filosofía de la modernidad descalificadora de las formas como residuo anacrónico de un pasado infantil de la humanidad. Esto puede tener sentido cuando lo que está en juego es el tráfico de mercancías en un contexto de simplicidad y buena fe. Pero el neoliberalismo presiona para extender el lema a la contratación en general, incluso a la referida a bienes de afección o especialmente importantes, como la vivienda y el local de negocio y, por extensión, a cuantas relaciones de crédito financiero se haya de recurrir. Pues bien, para Mezquita, la falacia del mensaje aformalista es absoluta en estos casos. En esta línea, nos dice que «un Jurista de los más finos que ha dado Catalunya, Figa Faura, hace años que clama contra la invasión del ámbito civil por las normas mercantiles, pero es una prédica en el desierto. Y, así, el informalismo sigue avanzando, barriendo tanto las formas rituales como las de garantía: un fenómeno fruto de la presión de las grandes entidades financieras y de los grandes promotores inmobiliarios. Con la consecuencia de que la ulterior solución de los problemas generados pasa por una Justicia sobrecargada, maltratada y sin medios suficientes». Con toda certeza, de vivir hoy, José-Luis Mezquita vería claramente confirmada su tesis, a la vista de la debacle provocada por la última crisis económica. Y estaría de acuerdo en que no ha sido una crisis del mercado, sino una crisis de mercados, es decir, de actitudes, de una manera de hacer.

Pero, frente a esta situación, el amparo de la forma —tan relativo e interno como se quiera, pero secularmente efectivo— es, sin duda, uno de los pocos reductos válidos para luchar contra esta situación. Pues la



forma contractual pública no es forma por la forma, sino ocasión de conciencia con respecto al fondo, siempre potencialmente problemático, de una información sin la cual la voluntad tan solo es un fantasma, y de un consejo que puede evitar riesgos desorbitados y atentados a la buena fe y a la libertad civil. La forma no es un estólido registro de certezas —certezas que pueden ser fatales—, sino la oportunidad de recobrar la libertad verdadera frente al riesgo. Por eso Ihering la calificó de «*enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad*». Si el liberalismo salvaje toca a rebate para liberar a los actos jurídicos de la «forma», es porque la libertad que propugna es tan solo la libertad para los escogidos, no la libertad de todos. **Como destaca Mezquita, tan solo entre iguales hay libertad verdadera y tan solo el conocimiento hace iguales.** Un conocimiento al que, con tendencia equilibradora, llevan las formas de garantía.

José-Luis Mezquita escribió muchos trabajos jurídicos valiosos, participó con plenitud en la vida académica, se comprometió en tareas cívicas con entrega y gozo, pero, por encima de todo ello, hizo muy bien su trabajo

Acabo. Lo conocí a principios de los años 70. Y pronto capté en él cuatro rasgos que, tantos años después, sigo pensando que son exactos. En primer lugar, una **excepcional formación jurídica de base**, fundamentada en una rigurosa preparación de las oposiciones y servida por una memoria infrecuente. En segundo término, una **imaginación jurídica des-**

bordante, que podía llegar a ser barroca. (Como ya he señalado, ciertas fórmulas jurídicas que hicieron fortuna por su época y que sirvieron para solucionar o para dar salida a algunos problemas enquistados a él se deben.) Tercero, **un compromiso político, tan reflexivo como sentimental, con la socialdemocracia**, concretado en el socialismo, que él concebía como algo mucho más profundo y exigente que una simple opción partidaria. Y, por último, **un cálido y generoso sentido de la amistad**, que, unido a una innegable originalidad de talante, hacían su compañía grata y su conversación estimulante.

José-Luis Mezquita escribió, como hemos visto, muchos trabajos jurídicos valiosos, participó con plenitud en la vida académica, se comprometió en tareas cívicas con entrega y gozo, pero, por encima de todo ello, **hizo muy bien su trabajo, de manera que sirvió a la gente, honró a su oficio y nos dejó la honrada memoria que sus amigos tenemos presente.** Por eso aprovechamos esta «forma» de hoy para renovar el «fondo» de nuestro respeto intelectual y de nuestro profundo afecto.

Pasarán los días, caerán los meses y se sucederán los años. La memoria de José-Luis Mezquita —como la de todos nosotros— se desvanecerá. Pero **quedarán para siempre, diluidos en la vida de sus conciudadanos que a él acudieron, los consejos que les dio, la información que les facilitó, la ayuda que les prestó, la doctrina que les facilitó, el servicio que les brindó y la seguridad, en suma, que les proporcionó.** Esta forma de entender y ejercer su oficio es el modelo que a todos nos legó quien fue Notario de Barcelona, Don José-Luis Mezquita del Cacho..

A photograph of Santiago Ballester Muñoz, a middle-aged man with glasses, wearing a dark suit, a light blue shirt, and a red and blue striped tie. He is seated at a desk, looking slightly to his right with a serious expression.

«La nueva demarcación notarial supondrá una reducción del número de notarías en Cataluña»

Santiago Ballester Muñoz

Director General de Derecho y Entidades Jurídicas

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Santiago Ballester Muñoz (1959) es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. A lo largo de su trayectoria profesional, ha sido Letrado del Servicio Jurídico del Estado y ha ejercido la abogacía en el bufete Cuatrecasas de Barcelona y como socio fundador y Director del bufete Arraut, Manzano, Ballester. También fue profesor y jefe del Área Tributaria de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Girona, árbitro del Tribunal Arbitral de Girona y miembro de la Comisión de Energía de la Cámara de Comercio de la misma ciudad. Desde enero de 2011, es Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña.



P: ¿Qué valoración hace de sus tres años como Director General de Derecho y Entidades Jurídicas?

R: Al llegar a la Dirección General, teníamos varios retos, pero el más importante era acercar el servicio que nosotros prestamos teniendo en cuenta que son servicios finalistas, ya que somos el órgano de tutela y asesoramiento de las fundaciones, asociaciones, asociaciones de utilidad pública, colegios profesionales, academias... Y ello comportaba hacer una mayor divulgación tanto de nuestro servicio de asesoramiento como de las modificaciones que queríamos hacer en la normativa para una mejor aplicación, para así conseguir que las resoluciones que se dictan desde la Dirección General fuesen mucho más ágiles y ayudasen a facilitar la actividad de las fundaciones. Creo que lo hemos logrado, y como ejemplo tenemos el tema de las fundaciones, en que nuestra respuesta a las consultas que se nos hacen o a las autorizaciones que se nos piden es mucho más rápida. Además, hemos conseguido que el sector fundacional catalán se encuentre más apoyado y tutelado por nuestra parte, y el sector está muy agradecido a raíz del cambio que se ha producido. Hemos conseguido acercar mucho más a la ciudadanía la manera de funcionar de la Dirección General y, por otra parte, hemos hecho una serie de modificaciones legislativas, como la modificación que supone que la mayoría de las autorizaciones se hayan transformado en declaraciones responsables, con lo que hemos conseguido que el sector se sienta mucho más cómodo y apoyado.

Nuestra función no solo es hacer mediación, sino también fomentarla

P: ¿Y cuáles son los principales retos pendientes?

R: Esta Dirección General toca muchos temas diferentes, y en cada uno de ellos tenemos un reto. Por lo que respecta a los notarios, el primer objetivo es ejercitar nuestra competencia en materia de demarcación. En cuanto a los colegios profesionales, queremos conseguir que se sientan apoyados y puedan minimizar al máximo la modificación legislativa que quiere llevar a cabo el Estado y que supone un encorsemtamiento de los colegios catalanes. En ma-

teria de mediación, queremos desarrollar la mediación de una manera más amplia y no circunscribirla a la mediación familiar, que es lo que se ha hecho hasta ahora. Y, en materia de fundaciones, queremos continuar en la línea que ya hemos iniciado de divulgación y de conseguir que el mundo fundacional catalán se encuentre mucho más cómodo, pueda ser más ágil y efectivo y, por otra parte, pueda estar mucho más tutelado de lo que lo estaba hasta ahora.

Hemos creado un paraguas para agrupar, fortalecer y dotar de agilidad y prestigio a todos los tribunales arbitrales de Cataluña

P: En las grandes líneas de trabajo tanto del Ministerio de Justicia como de la Consejería, los métodos alternativos de resolución de conflictos son una prioridad. ¿Cuál cree que debe ser la aportación del arbitraje y la mediación a la Justicia del siglo XXI?

R: Desde que llegué a esta Dirección General, hemos hecho un cambio muy significativo sobre todo en materia de mediación, que es básicamente lo que se estaba haciendo hasta ahora. Y, posteriormente, hemos incorporado el tema del arbitraje. Dicho cambio se ha centrado en que hemos pasado de querer hacer mediación a fomentar la mediación, y este proceso se está llevando a cabo mediante el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Ahora no solo hacemos mediación, sino que también estamos buscando la manera de fomentar la creación de centros de mediación, y lo estamos logrando. El Colegio de Abogados de Barcelona ya ha creado uno, la Cámara de Comercio está creando otro y el Colegio de Economistas y el de Procuradores también están comenzando a pensar en ello. Es un cambio radical, porque creemos que nuestra función no solo es hacer mediación, sino también fomentarla.

P: En este sentido, ¿en qué punto se encuentra el nuevo proyecto de Tribunal Arbitral de Cataluña?

R: Tradicionalmente, la Generalitat de Cataluña siempre ha apostado por la mediación, y creó el Centro de Mediación hace más de veinticinco años. En cambio, la



cuestión del arbitraje había quedado más relegada a las instituciones civiles, como la Cámara de Comercio, el Colegio de Abogados, el Colegio Notarial o el de Registradores, que crearon hace años el Tribunal Arbitral de Barcelona. Ahora lo que hemos querido es dar apoyo no solo al Tribunal Arbitral de Barcelona, que es una institución que está logrando un reconocimiento internacional, sino también a todos aquellos tribunales arbitrales que había en Cataluña, como el de Gerona, Tarragona, Sabadell o Lérida. Son tribunales arbitrales normalmente constituidos por las cámaras de comercio y los colegios de abogados, pero que, por falta de asuntos, casi no desarrollaban su función. Con la creación del Tribunal Arbitral de Cataluña, lo que queremos es darles apoyo. Se trata de crear una suerte de paraguas en que todos estos tribunales se vean fortalecidos, intenten agruparse y crear normas comunes para dotarlos de agilidad y prestigio.

La aportación que están haciendo los notarios a la codificación es inmejorable

P: Por lo que respecta al Código Civil de Cataluña, ¿cómo valora el actual proceso de codificación y armonización? ¿Cuál es la aportación notarial en este ámbito?

R: En primer lugar, he de decir que la aportación que están haciendo los notarios a la codificación de Cataluña es



Entrevista



inmejorable. De hecho, el Decano del Colegio Notarial de Cataluña es el Director de la Comisión de Codificación, y en todas las secciones de dicha Comisión, así como en el Pleno, hay notarios. Se trata de una gran aportación que han hecho históricamente, siempre, y que en la actualidad continúa. Ahora estamos entrando en la última fase, redactando el libro VI del Código Civil de Cataluña, que es el último que quedaba por hacer. Y, paralelamente, estamos poniendo en marcha unas normas de armonización, de adecuación, de las que el Govern ha aprobado ya la primera. El Código Civil se ha hecho con diferentes leyes, y ahora algunas de estas normas tienen alguna contradicción entre ellas mismas, o se omite algún tema que no se tuvo en cuenta en su momento y que ahora es necesario aclarar o implantar. Las normas que se aprueban ahora, así pues, son para intentar suplir las carencias, deficiencias o contradicciones que tiene la normativa.

Nuestro compromiso es finalizar el Código Civil de Cataluña en 2014

P: ¿Cuándo se prevé finalizarlo?

R: Nuestro compromiso, incluido en los objetivos del Govern de la Generalitat, es finalizarlo en 2014, coincidiendo con la conmemoración de los trescientos años de 1714. Sin embargo, debemos pensar que nuestro Código Civil no se acabará jamás: ya está hecho con esa idea, dado que es un sistema de codificación que se puede ir implementando continuamente. El Código está preparado para ello y pretendemos que sea dinámico. Aun así, podemos decir que en el año 2014 habremos conseguido finalizar la elaboración de todo el Código Civil catalán.

P: El desacuerdo con la nueva Ley de Servicios y Colegios Profesionales que promueve el Gobierno ha propiciado la puesta en marcha del Anteproyecto de Ley de los Colegios Profesionales que prepara el Departamento. ¿Cuál es el objetivo de este Anteproyecto?

R: La principal problemática que plantea la nueva Ley de Servicios Profesionales estatal es que, entre muchas otras cosas, produce una invasión competencial muy clara, sobre todo a nivel de lo que más preocupa a los colegios profesionales. Teniendo en cuenta nuestras atribuciones, lo que podemos hacer es minimizar muchas de las actuaciones que conlleva la nueva ley estatal, y eso es lo que estamos haciendo. Nosotros no entraremos en el aspecto de la colegiación obligatoria, porque hay varias sentencias del Tribunal Constitucional que nos lo impiden, pero el resto de aspectos de regulación, sobre todo en lo concerniente a la relación con los consejos estatales, sí que serán materias que regularemos con esta nueva ley para intentarla adaptar. La realidad colegial catalana es diferente de la del resto de España, pero la norma que se hace a nivel estatal no lo tiene en cuenta. Están regulando sobre la base de una idea, de una filosofía de colegio profesional que no es la que existe actualmente en Cataluña.

P: Otra cuestión en la que no hay acuerdo con el Gobierno es la nueva propuesta de demarcación y planta judicial. En el ámbito de la Justicia, como en otros, hay cierta sensación de «choque de trenes». ¿Cómo se debería actuar para superar estos momentos?

R: La propuesta del Ministerio tiene una consecuencia muy clara: provoca un alejamiento de la Administración de Justicia de la ciudadanía, ya que la centraliza en las

capitales de provincia. La propuesta pisotea las competencias de la Generalitat de Cataluña. La principal consecuencia de dicha propuesta sería la eliminación de las cuatro audiencias provinciales, de los cuarenta y nueve partidos judiciales que hay en Cataluña y de los ochocientos noventa y ocho juzgados de paz, que hacen un trabajo muy, pero que muy importante. Además, el Anteproyecto pisotea las competencias de la Generalitat porque es esta institución, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía recortado, quien tiene la competencia para proponer los órganos judiciales y decidir dónde debe ir su capitalidad. Estas dos competencias claras y evidentes quedan pisoteadas.

P: En cuanto al ámbito religioso recientemente firmaron un convenio con el Colegio y la Conferencia Episcopal Tarraconense para protocolizar los testamentos otorgados ante rector. ¿Qué pretende?

R: En primer lugar, quiero decir que estamos muy agradecidos al Colegio Notarial de Cataluña por su predisposición a darnos apoyo en este tema. Existía un problema muy importante: debía respetarse la voluntad testamentaria de quien hizo un documento con sus últimas voluntades ante rector de acuerdo con la ley del momento, sin que la persona pudiese prever que un cambio legislativo como el que se produjo con la Ley 10/2008 impediría su plena eficacia. Gracias a la intervención y la buena predisposición del Colegio, hemos podido hallar una solución relativamente sencilla, práctica y que se podrá llevar a cabo en poco tiempo. Ahora estamos organizando tanto a los representantes de los obispados como a los del Colegio en cada una de las demarcaciones en donde se aplicará dicho criterio. Los rectores y los obispados están agrupando todos los testamentos. Todavía no sabemos exactamente cuántos son, pero con el sistema que estamos organizando no habrá problema alguno, ya que todo se centralizará en un único documento para cada rectoría o para cada parroquia.

P: En el ámbito de las fundaciones y asociaciones, se firmó un convenio para la consulta de datos notariales de forma electrónica, y viceversa, además de los cambios introducidos reciente-



mente en el libro III del Código Civil catalán. ¿Con qué objetivo?

R: Este convenio se enmarca en el criterio de intentar buscar el modo de facilitar las tareas a los operadores y ciudadanos. En el caso de los patronos, una manera de conseguirlo es que, cuando vayan al Notario, no deban presentar documentos o acreditar su condición de patronos, y que pueda comprobarlo el Notario accediendo directamente a nuestro registro. Ello también permitirá, en una segunda fase en la que estamos trabajando, que el Notario pueda presentar este documento a nuestro registro de fundaciones, de manera que este pueda prestar un mejor servicio. Al mismo tiempo, para nosotros, supondrá agilizar la inscripción y tramitación de dichos documentos. Estamos muy satisfechos de haber firmado este acuerdo con el Colegio, porque mejora el servicio de los notarios a los ciudadanos y a nosotros nos permite tener información sobre las operaciones que hacen las fundaciones, facilitándonos las tareas de tutela.

Nuestras instituciones deben alcanzar reconocimiento internacional, como ya tienen los notarios siendo sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

P: Respecto de la demarcación notarial, ¿en qué punto nos encontramos?

R: Por primera vez, Cataluña llevará a cabo una nueva demarcación desarrollando la competencia del art. 147 del Estatuto. Nos encontramos en un punto muy inicial, pero lo que ya tenemos son los criterios que aplicaremos a la demarcación, que es lo más importante y lo más difícil de establecer. Son criterios objetivos que se aplicarán de manera generalizada, y ahora debe concretarse con la colaboración del Colegio, que ya nos ha facilitado los datos que necesitamos para poder hacer la calificación y clasificación de todas las notarías. Llevaremos a cabo una nueva demarcación que comportará una reducción del número de notarías que hay actualmente en Cataluña.



P: ¿Para cuándo se prevé su aprobación?

R: Estamos a la espera que desde Madrid dicten las normas básicas de aplicación de la demarcación, que aún no se han publicado. Cuando lo hagan, podremos iniciar la tramitación de un decreto que contemple la nueva demarcación notarial catalana. Lo que es seguro es que será una demarcación de supresión de notarías.

P: ¿Cómo valora la designación de Barcelona como sede de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado?

R: La valoro muy positivamente por lo que implica de reconocimiento del Notariado catalán y de nuestro país y nuestra ciudad a nivel internacional. Quiero felicitar a los notarios por haber conseguido que la Comisión de Asuntos Europeos se establezca en Barcelona. Lo que debemos hacer es intentar que todas nuestras instituciones consigan alcanzar objetivos como este, de reconocimiento internacional; en este caso, un reconocimiento internacional a los notarios de Cataluña.

P: ¿Cómo ve el nivel de seguridad jurídica preventiva de nuestro país con relación a nuestro entorno?

R: Aquí ya tenemos un buen nivel de seguridad jurídica, ya lo hemos logrado, pero ahora pedimos un plus, exigimos más al Notariado: queremos que haga un servicio de asesoramiento al consumidor. Todo el mundo ya sabe que, cuando un ciudadano debe hacer una operación,

si la hace con un documento público ante Notario, tendrá la garantía y la seguridad de que aquella operación es segura, clara y que se podrá ejecutar o exigirse su ejecución en cualquier momento. Ahora queremos ir más allá y desde los poderes públicos estamos pidiendo más a los notarios para que hagan un servicio de asesoramiento y de protección a los consumidores y usuarios. Y se lo pedimos porque nuestra función es mantener ese nivel de exigencia. En este tema, los notarios son clave para asegurar que todo el mundo que firma una escritura tenga la tranquilidad de que sabe lo que está haciendo y conozca las últimas consecuencias del documento que firma.

Los notarios pueden contribuir mucho a reducir la carga de los tribunales, sobre todo en mediación, arbitraje y jurisdicción voluntaria

P: Finalmente, ¿qué debemos mejorar para tener una verdadera Justicia del siglo XXI?

R: Creo que la Justicia, en Cataluña y en España, es muy correcta y está en un nivel superior al de muchos países europeos. Los jueces están preparados, son imparciales y, en este sentido, no hay problema alguno. Uno de los problemas es que es lenta. Y, en este aspecto, la intervención del Notariado en temas de jurisdicción voluntaria, en la resolución alternativa de conflictos, es muy interesante. Lo que debemos conseguir es reducir la carga de los tribunales para que puedan ser más ágiles al solucionar conflictos. La mediación y el arbitraje, por ejemplo, en que los notarios están muy involucrados, son herramientas eficaces para conseguir que la carga de los tribunales se reduzca. Además, los notarios pueden llevar otros temas de jurisdicción voluntaria, y ello puede ayudar a hacer que la carga de los tribunales se reduzca y, por tanto, que los jueces puedan dictar sus resoluciones con mayor rapidez. Por tanto, debemos buscar otras vías y, en esas vías, los notarios pueden contribuir mucho, sobre todo a nivel de mediación, arbitraje y jurisdicción voluntaria. En el ámbito de la jurisdicción voluntaria, dependemos de que Madrid legisle, pero en el de la mediación y el arbitraje, podemos hacer mucho desde aquí, siempre con la aportación de los notarios.

A portrait of Xavier Trias Vidal de Llobatera, an older man with grey hair and glasses, wearing a suit and tie. He is standing in front of the flag of Catalonia. The background is dark.

«Es un orgullo que Barcelona sea un referente en la vanguardia jurídica internacional»

Xavier Trias Vidal de Llobatera

Alcalde de Barcelona

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍAS: Prensa del Ayuntamiento de Barcelona

Xavier Trias Vidal de Llobatera (Barcelona, 1946) es licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad de Barcelona (1970), especializándose posteriormente en pediatría. De 1971 a 1973 completó su formación de posgraduado en Génova (Italia) y Berna (Suiza), donde trabajó en la investigación de las enfermedades metabólicas y su diagnóstico y tratamiento.

Tras unos años ejerciendo de pediatra en el Hospital Infantil del Valle de Hebrón, en 1981 se incorporó al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, donde ostentó diferentes responsabilidades hasta 1988, en que fue nombrado Consejero de Sanidad. En 1996 pasó a ser Consejero de la Presidencia y, cuatro años después, fue presidente del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso de los Diputados. En 2003 se incorporó como Concejal al Ayuntamiento de Barcelona y, desde el 1 de julio de 2011, es Alcalde de la Ciudad Condal.



P: Tras pasar el ecuador de la legislatura, ¿qué balance hace de ella? ¿Cuáles son las principales metas logradas y cuáles son los retos a corto, medio y largo plazo?

R: Estos dos primeros años al frente del Ayuntamiento creo que han sido positivos, pese a la difícil situación económica y social que vivimos. El incremento del paro y de las necesidades sociales hace que haya personas que lo están pasando mal en nuestra ciudad. Por este motivo, mi obsesión como Alcalde de Barcelona es destinar los recursos necesarios a minimizar los efectos negativos de la crisis económica y mejorar el bienestar y la calidad de vida de las personas más vulnerables. En este sentido, en 2014 incrementaremos en un 7,2 % en términos reales el presupuesto de protección y promoción social, llegando a los 232,4 millones de euros.

Barcelona está muy bien posicionada para salir reforzada de la crisis y ser la punta de lanza de la recuperación económica

Otra de las prioridades del Gobierno municipal es hacer que Barcelona funcione con servicios de calidad. En estos dos últimos años, lo hemos conseguido aplicando criterios de eficiencia y eficacia muy estrictos para mejorar la limpieza, la iluminación, la seguridad, el transporte público, la nueva red de bus y el mantenimiento de calles y plazas. Y la tercera prioridad que tenemos es la reactivación económica y la creación de ocupación. En Barcelona tenemos unas bases sólidas, con una economía diversificada basada en la industria, el comercio, la moda, el diseño, la gastronomía y los servicios —especialmente, sanitarios y sociales, y el turismo. También apostamos por sectores estratégicos de futuro, como la tecnología móvil, las *smart cities*, la biomedicina, el vehículo eléctrico, la logística, la náutica o el sector agroalimentario, entre otros. Barcelona está, sin duda, muy bien posicionada para salir reforzada de la crisis y ser la punta de lanza de la recuperación económica de nuestro país.

P: ¿Cuál es la principal diferencia entre hacer política desde la Ge-



neralitat, desde Madrid o desde el Ayuntamiento?

R: Hacer política es apasionante, sea desde la Administración que sea. Cada etapa profesional cuenta con sus propias características, pero, a lo largo de todos estos años, y todavía ahora, me rijo por una norma muy clara: escuchar y estar junto a las personas para dar respuesta a sus necesidades.

Ser Alcalde de Barcelona es un orgullo para mí. Poder liderar mi ciudad me alienta a seguir trabajando con más ilusión que nunca. El Ayuntamiento de Barcelona es una Administración cercana al ciudadano y, como Alcalde, estoy convencido de que este es el papel que debemos jugar. Debemos escuchar las necesidades de todo el mundo y darles respuesta de la mejor manera posible.

P: ¿Qué se debe hacer para vencer la desafección de los ciudadanos hacia la política?

R: Ciertamente, la desafección de los ciudadanos hacia la política es un tema que nos tiene que ocupar y preocupar. Las instituciones públicas están muy mal valoradas por nuestros conciudadanos y, sin duda, ello comporta riesgos. Es evidente que deben tomarse medidas para reorientar esta compleja situación, que no es nada fácil de solucionar. En este sentido, desde el Ayuntamiento de Barcelona tenemos la firme voluntad de hacer más transparente la institución. Estamos comprometidos con una nueva forma de hacer política, con transparencia y priorizando la participación de las personas en la acción de gobierno.

Como Ayuntamiento, estamos al lado de las personas que más lo necesitan. Los políticos debemos tener una actitud de servicio y atender a las personas que lo pasan mal. Mi prioridad como Alcalde de Barcelona es garantizar a las personas un mayor bienestar y una mejor calidad de vida.

P: ¿Cuáles son los principales activos de Barcelona actualmente?

R: Barcelona, como decía antes, es una ciudad que está preparada para encarar el futuro con confianza y en buenas condiciones. Tenemos una economía diversificada y apostamos por sectores estratégicos de futuro que nos permitan reactivar la economía y crear puestos de trabajo. El turismo es un sector muy importante y debemos cuidarlo entre todos, porque es una fuente creadora de riqueza innegable. El pasado año volvimos a batir todos los récords, con 7,5 millones de visitas y 16 millones de pernoctaciones. De todos modos, debemos tener en cuenta que nuestra ciudad tiene una economía diversificada y es necesario continuar apostando por esta vía. También somos la capital mundial del móvil y, este año, con el Mobile World Congress, recibimos unos 70.000 visitantes, más de 1.500 empresas expositoras, y tuvo un impacto económico superior a los 300 millones de euros. Esta es una gran oportunidad para crear nuevas empresas, nuevos puestos de trabajo, y para atraer inversiones vinculadas a las nuevas tecnologías móviles a Barcelona.

Tenemos una economía diversificada y apostamos por liderar sectores estratégicos de futuro a nivel internacional

También el atractivo internacional de nuestra ciudad es un activo que debemos potenciar en esta nueva economía de la innovación urbana que afecta a la gestión de las ciudades del siglo XXI. En Barcelona estamos en disposición de convertirnos en una de las ciudades de referencia mundial en el sector de las *smart cities*, la economía verde, el vehículo eléctrico y la autosuficiencia energética. Además, tenemos una ciudad logística con una situación geoestratégica privilegiada e infraestructuras de transporte de primer nivel mundial, como el puerto —que se ha consolidado como el primero de Europa en número de cruceristas y el cuarto del mundo, solo por detrás de los del Caribe—, el aeropuerto —que ha conseguido un nuevo récord, con más de 35 millones de pasajeros en 2012, y mantiene la ambición de convertirse en un *hub* intercontinental que conecte los vuelos de Oriente Medio con Latinoamérica—, la alta velocidad e instituciones de referencia, como el Consorcio de la Zona Franca, Fira de Barcelona y Mercabarna.



Entrevista

P: Respecto al turismo, destaca el incremento de las compraventas sobre todo de extranjeros. ¿Cómo lo valora? ¿Puede suponer un problema a la larga?

R: Barcelona es una ciudad muy reconocida y valorada a nivel internacional. Como decía antes, año tras año recibimos más turistas. Queremos seguir manteniendo un modelo de turismo de calidad, que ayude a mejorar el patrimonio cultural de la ciudad. Un modelo de éxito, de turismo responsable, que estamos construyendo entre todos gracias a la colaboración pública y privada.

Estamos en disposición de convertirnos en una de las ciudades de referencia mundial en el sector de las *smart cities*

Por otra parte, justo es decir que Barcelona es una ciudad admirada por su calidad de vida, y ello, sin duda, es un reclamo para muchas personas que deciden venir a vivir a la ciudad. Debemos apostar por hacer sostenible el sector inmobiliario, que es un activo importante de la ciudad, pero que no puede ser el único. Por ello destinamos muchos esfuerzos a incentivar sectores estratégicos de futuro como las nuevas tecnologías, las *smart cities*, el vehículo eléctrico, la biotecnología o la logística, entre otros.

P: En cuanto a la política de vivienda, ¿cuáles son las principales medidas tomadas por el Ayuntamiento ante la crisis?

R: Una de las prioridades del Gobierno municipal, como comentaba, es el bienestar y la calidad de vida de las personas. Por este motivo, y sabiendo que perder la vivienda deja a las personas en una situación de gran vulnerabilidad, en los dos últimos años hemos estado trabajando para dar soluciones a dicha problemática. En este sentido, hemos apostado por dejar de cobrar las plusvalías por desahucio o por dación en pago. Además, hemos firmado convenios de colaboración para mediar en situaciones de emergencia y hemos impulsado fórmulas de alquiler social. También hemos incrementado el número de viviendas a disposición de la Mesa de Emergencias Sociales y lo seguiremos haciendo en el futuro.



Otra medida que estamos implantando desde el Gobierno municipal es la consolidación de un parque público de vivienda de alquiler a precio asequible. Estamos trabajando para que ninguna persona o familia tenga que destinar más del 30 % de sus ingresos para acceder a una vivienda pública de alquiler en Barcelona. El objetivo de la primera fase es destinar, como mínimo, 100 millones de euros para obtener hasta 1.000 nuevas viviendas públicas de alquiler.

En 2013 se ha creado un 6 % más de empresas que en el año anterior

P: ¿Cree que, con la crisis, Barcelona ha dejado de ser una ciudad emprendedora? ¿Cómo se puede ayudar a los emprendedores en estos momentos?

R: Barcelona siempre ha sido una ciudad emprendedora, y hoy lo sigue siendo. De enero a septiembre de 2013 se han creado en la ciudad 5.425 nuevas empresas, un 5,94 % más que en el mismo periodo del año anterior. Esta cifra pone de manifiesto la vitalidad emprendedora de la ciudad y su capacidad para atraer nuevas inversiones. El Ayuntamiento tiene que ser un facilitador para las empresas y, por este motivo, estamos poniendo en funcionamiento la Oficina de Atención a la Empresa, que integrará un conjunto de servicios de asesoramiento y acompañamiento para atender las necesidades de las empresas, tanto para trámites como para financiación, búsqueda de profesionales o licitaciones públicas, entre otros. Además, se creará una Zona Franca en el 22@ para emprendedores vinculados a las nuevas tecnologías, que contarán con un

conjunto de ventajas y bonificaciones del 100 % de las tasas y tributos municipales.

Y Barcelona puede convertirse en uno de los principales núcleos de Europa para la creación de nuevas empresas vinculadas a las nuevas tecnologías móviles y a las *smart cities*, como decía. Gracias a la colaboración de la iniciativa privada y de la sociedad civil —por ejemplo, a través de la plataforma Barcelona Global—, estamos logrando aprovechar al máximo la proyección internacional de nuestra ciudad para la atracción de talento y de inversiones.

P: ¿Cómo valora el peso actual de la sociedad civil catalana? ¿Y, más concretamente, el de los juristas?

R: La sociedad catalana ha demostrado históricamente una gran vitalidad. En los últimos años, en un contexto de crisis económica y de grandes dificultades, hemos podido ver a una sociedad civil más fuerte y más unida que nunca, y gracias a esta unidad nuestro país está ejerciendo un papel de vanguardia. Barcelona y su área metropolitana son hoy el motor económico del sur de Europa y del Mediterráneo, y si ello es posible, es gracias a una sociedad civil dinámica y emprendedora. Obviamente, los juristas juegan en ella también un papel clave, y aún más si tenemos en cuenta el elevado ritmo de producción normativa que se produce a todos los niveles. Los juristas son fuente de conocimiento y de seguridad para una sociedad y un país que quieren avanzar.

Barcelona y su área metropolitana son hoy el motor económico del sur de Europa y del Mediterráneo

P: Cataluña cuenta con un Código Civil propio y diferenciado. ¿Qué peso cree que tiene y ha tenido en la construcción del país y en la definición de la ciudad?

R: Nuestro país ha gozado de un Derecho propio desde hace siglos, que ha recogido las peculiaridades de la sociedad catalana a nivel económico, civil, de familia, etc. Dichas peculiaridades han sobrevivido a lo largo del tiempo y han culminado en el Código Civil catalán, que se ha convertido en un verdadero cuerpo normativo que refleja nuestras singularidades en materia civil. Cuestiones tan arra-



gadas a nuestra sociedad como la existencia de fundaciones o el régimen de las sucesiones han sido recogidas y desarrolladas de forma satisfactoria gracias, precisamente, a este cuerpo normativo propio.

P: La Justicia a menudo se ha considerado menos prioritaria frente a otras necesidades sociales como la Sanidad o la Educación. ¿Qué se puede hacer, desde el Ayuntamiento, para avanzar en este ámbito pese a la crisis?

R: La Justicia es fundamental en un Estado de Derecho. Una Justicia rápida y eficaz, que se adapte bien a los cambios sociales y sepa dar una respuesta positiva. Yo siempre digo que una de las obligaciones del Ayuntamiento debe ser poner las cosas fáciles a la gente. No tiene ningún sentido tener una Administración cerrada y lenta, que pone obstáculos. Nosotros queremos ser un Ayuntamiento facilitador y transparente, que ayude a prevenir los conflictos y que colabore en su resolución.

Por ello, estamos trabajando para facilitar el trabajo a los letrados que recurren decisiones municipales, haciéndoles más sencillo el acceso a los expedientes o la consulta de las normas, y poniendo de relieve también la resolución de los recursos. Pero, sobre todo, lo que estamos haciendo es garantizar el interés público y evitar en la medida de lo posible los litigios, favoreciendo el acuerdo siempre que sea posible.

P: ¿Cómo valora la función notarial? ¿Y su implicación en la actividad socioeconómica de Barcelona?

R: La función notarial es la combinación de seguridad jurídica y servicio. Un Notario es fuente de seguridad, y dicha seguridad es un factor importantísimo sobre todo cuando las cosas no acaban de ir lo suficientemente bien. De hecho, Barcelona es una capital mundial de referencia en muchos aspectos, y ello es gracias a la contribución de mucha gente y de muchos sectores sociales y económicos. Esta es la principal fortaleza que tiene la ciudad: su capacidad de marcarse objetivos y de trabajar todos en la misma dirección para conseguirlos. Y, en este contexto, en una ciudad y un país que están apretando el acelerador para salir de la crisis, la función notarial es garantía para hacer las cosas bien hechas.

El papel de fedatarios públicos que juegan los notarios, junto con su función de asesoramiento legal, ofrece una garantía de seguridad jurídica necesaria en el tráfico económico que, en estos momentos de crisis, ha adquirido especial relevancia.

La función notarial es la combinación de seguridad jurídica y servicio

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica de nuestro país?

R: Creo que muchas cosas ya se están haciendo bien, pero, precisamente porque estamos viviendo unos momentos muy complejos, debería hacerse una reflexión serena y marcar objetivos claros de futuro para reforzar nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro sistema legislativo está sufriendo cambios de forma continua para adaptarse a las necesidades sociales y económicas que estamos viviendo. Y, en este contexto, los notarios, como aplicadores del Derecho, son una herramienta imprescindible para que estas normas sean correctamente aplicadas y, por tanto, preserven los derechos de los ciudadanos que precisan sus servicios. Esta es una función fundamental que ofrece un escenario de seguridad jurídica que da tranquilidad y confianza tanto al ciudadano que quiere formalizar alguna operación cotidiana como a aquel inversor nacional o extranjero que quiere establecerse en nuestro país.

Barcelona es una ciudad con una marca muy potente que genera confianza y simpatía en todo el mundo

P: Recientemente, Barcelona ha sido designada sede internacional del Notariado y ya ha alojado la primera reunión de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado. ¿Cómo valora esta designación?

R: La designación como sede internacional del Notariado es un grandísimo reconocimiento que agradezco sinceramente, porque, en el fondo, es también un reconocimiento a los profesionales del país. Es un gran orgullo y un hecho de gran rele-

vancia que Barcelona sea un referente en la vanguardia jurídica internacional.

P: ¿Cuál cree que es actualmente la imagen que la ciudad proyecta al mundo?

R: Lo primero que creo es que Barcelona se ve como una ciudad seria y de prestigio, que sabe hacia dónde va y que es atractiva para vivir en ella, para visitarla y para hacer negocios. Y con un Ayuntamiento que no genera déficit y paga a sus proveedores a 30 días. Como decía antes, estamos apostando muy claramente por liderar unos sectores estratégicos de futuro a nivel internacional y tenemos unas potencialidades únicas que tenemos que saber aprovechar para ser la punta de lanza de la recuperación económica del país. Somos una ciudad de cultura, de conocimiento, de creatividad, de innovación y de bienestar. En definitiva, somos una ciudad de éxito y queremos que eso continúe siendo así. La fortaleza económica que nos permite pagar a nuestros proveedores a 30 días también nos ayuda a adquirir una imagen de rigor y de trabajo bien hecho que nos hará salir más reforzados de la crisis económica que atravesamos. Barcelona es una ciudad con una marca muy potente que genera confianza y simpatía en todo el mundo y que presenta unos resultados económicos muy positivos en un entorno adverso.

La Barcelona del futuro debe ser la de las oportunidades y el bienestar

P: Para finalizar, ¿cómo debe ser la Barcelona del siglo XXI y qué pueden aportarles los notarios?

R: La Barcelona del futuro debe ser la de las oportunidades y el bienestar. Tenemos que construir entre todos una ciudad donde haya trabajo y actividad económica, y en donde las personas puedan desarrollar sus proyectos vitales con total plenitud. Y, sin duda, como ha sucedido siempre a lo largo de nuestra historia, los notarios jugarán un papel imprescindible para ayudarnos a construir dicho futuro no solo por su función de garantes de la fe pública, sino también por su proximidad a los ciudadanos, que conciben la figura del Notario como referente a la hora de efectuar cualquier transacción en la esfera pública o privada.

La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles

Francisco Vicent Chuliá

Catedrático emérito de Derecho Mercantil de la Universitat de València

Abogado

Socio de honor de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

SUMARIO

- I. LEY DE BUENOS DESEOS Y MEDIOCRE REFORMAS
- II. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (ERL)
- III. LA SOCIEDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA (SLFS)
- IV. LOS «APODERAMIENTOS ELECTRÓNICOS» ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
- V. MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DEL INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRENDEDORA
- VI. LAS MODIFICACIONES EN EL DERECHO CONCURSAL

I. LEY DE BUENOS DESEOS Y MEDIOCRE REFORMAS

Motivos electorales y de política económica anticrisis (sustituir, al menos, parados por autónomos) han aumentado recientemente el interés del legislador español (y



otros europeos) por fomentar el pequeño empresariado, bajo la noción, con pretensión omnicompreensiva, de *emprendedores* (neologismo que sustantiva el adjetivo *emprendedor*, que es el que figura en el diccionario de la RAE), incorporando, con mayor o menor fidelidad, normas que existían en legislaciones europeas vecinas. Dos meses después de la Ley 11/2013, de 26 de julio

(BOE del 27), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, el 19 de septiembre de 2013, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó **la Ley 14/2013**, de 27 de septiembre (BOE del 28), **de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI)**⁽¹⁾, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (**29 de sep-**



tiembre) salvo partes que tienen diversas fechas de entrada en vigor (disposición final decimotercera).

La LAEI confía importantes funciones al Notariado a fin de revestir de fe pública y de la consiguiente seguridad jurídica extrajudicial los nuevos instrumentos jurídicos que ofrece a los emprendedores

La LAEI confía importantes funciones al Notariado a fin de revestir de fe pública y de la consiguiente seguridad jurídica extrajudicial los nuevos instrumentos jurídicos que ofrece a los emprendedores. En especial, la disposición adicional tercera establece que los Ministerios de Justicia y de Industria, Energía y Turismo establecerán la **agenda electrónica notarial para la constitución telemática de sociedades en documento único electrónico** (cuya regulación por la disposición adicional tercera de la LSC es modificada por la disposición adicional tercera de la LAEI), de sociedades de responsabilidad limitada y cualquier otra forma jurídica que se incorpore reglamentariamente. Pero **también son importantes las funciones confiadas por la Ley a los registros mercantiles y de la propiedad**, en especial, en la publicidad legal de la declaración de inembargabilidad de la vivienda habitual del emprendedor, que se instrumenta a través de la aparatosa figura del emprendedor de responsabilidad limitada (ERL). Para ello, todos los emprendedores tienen que inscribirse en el Registro Mercantil como paso previo a la inscripción de su declaración en el Registro de la Propiedad donde figure inscrita la finca, incluso los que no están obligados a inscribirse en el Registro Mercantil (empresarios no mercantiles, como agricultores, ganaderos, artesanos, profesionales titulados, artistas, trabajadores autónomos regulados por la LETA, comerciantes no sedentarios, etc.)⁽²⁾.

Aunque la LAEI ha sido objeto de severas críticas (que en buena medida compartimos), parece necesario una vez más acudir al axioma de «*dar la razón al legislador*» y examinar en qué medida sus innovaciones pueden servir a los emprendedores. La **ciencia de la legislación**, que estudia las normas más eficientes y eficaces para realizar los fines del legislador, se expresa hoy

FICHA TÉCNICA

Resumen: Este artículo hace un análisis crítico de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), extensa, compleja y muy discutida, que presenta gran interés para la práctica profesional de los notarios, registradores, abogados, auditores y de los nuevos mediadores concursales. La Ley incorpora, sin mucho acierto, figuras existentes en otras legislaciones, como el emprendedor de responsabilidad limitada, la Sociedad Limitada de Fundación Sucesiva (que se puede constituir con capital social inferior al legal, cubriéndolo con la responsabilidad solidaria de socios y administradores), el acuerdo extrajudicial de pagos (diferente del acuerdo de refinanciación), la mediación concursal y la remisión de deudas en la liquidación concursal a favor de toda persona natural. El artículo razona que las reformas de carácter mercantil introducidas por la LAEI deberían haber merecido más estudio y reflexión.

Palabras clave: Emprendedor, emprendedor de responsabilidad limitada, inembargabilidad de vivienda habitual de valor no superior a 300.000 o 450.000 €, Sociedad Limitada de Fundación Sucesiva, apoderamientos electrónicos, puntos de atención al emprendedor, acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de refinanciación, mediación concursal, remisión de deudas en la liquidación concursal.

Abstract: This article critically appraises the extensive, complex and widely debated Act 14/2013, of September 27, which supports entrepreneurs and their internationalization (LAEI), and will be of great interest to notaries, registrars, lawyers, auditors, and the new bankruptcy mediators. The Act introduces, not very successfully, existing forms from other European legislations, such as the limited liability entrepreneur, the Successive Foundation Private Limited Company (that can be set up with share capital below the legal minimum, covered by the partners' and administrators' joint and several liability), the out-of-court payment agreement (different from the refinancing agreement), bankruptcy mediation and debt waiver in bankruptcy liquidation («debts discharge») for any natural person. The article reasons that the commercial reforms introduced by the LAEI should have been studied in greater depth.

Keywords: Entrepreneur, limited liability entrepreneur, unseizability of main residence with a value up to € 300,000 or € 450,000, Successive Foundation Private Limited Company, electronic powers of attorney, entrepreneur attention points, out-of-court payment agreements, refinancing agreement, bankruptcy mediation, debt waiver in bankruptcy liquidation («debts discharge»).

en el Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Assessment*, RIA), y la **Memoria de Impacto Regulatorio** de la LAEI es extensa, aunque no siempre ilustrativa⁽³⁾. La LAEI tiene un **primer problema, de delimitación de su objeto**, ya que en buena medida es una ley general, una «ley ómnibus», como ha sido calificada con razón⁽⁴⁾ de reformas para todas las «empresas», dada la presencia predominante en España de las de pequeña dimensión⁽⁵⁾. En algunas de sus normas, la LAEI recoge instituciones que debieron incorporarse a nuestro Derecho mucho antes, como el llamado *empresario de responsabilidad limitada* (mejor dicho, la declaración de inembargabilidad de su vivienda habitual), la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (o sin capital social mínimo, como respuesta de los estados continentales frente a la ofensiva de la «Limited Co.» del Reino Unido) y la remisión de deudas concursal, o *debts discharge*, regulada en casi todas las legislaciones para dar a los concursados infortunados, empresarios o no, una «segunda oportunidad». **En todas**

estas figuras, la LAEI introduce fuertes recortes que amenazan su efectividad.

Un segundo problema de la LAEI es la heterogeneidad de sus normas, en atención a la materia (mercantiles generales, societarias, concursales, administrativas, financieras, tributarias, laborales, etc.) **y en atención a la *summa divisio*, entre públicas y privadas (verticales y horizontales), que no siempre aparece clara en la Ley.**

Otro problema de la LAEI es su **ambigüedad terminológica** («*empresario de responsabilidad limitada*», «*Sociedad Limitada de Formación Sucesiva*» o «*apoderamientos electrónicos*»). Así, es obvio que **no existen «apoderamientos electrónicos»** (como tampoco «*contratos electrónicos*»), sino negocios jurídicos de apoderamiento **otorgados en soporte electrónico** (en lugar de papel), con naturaleza de documento privado o de documento público o con intervención de fedatario público, teniendo solo en este caso efectos



Doctrina

frente a terceros que no sean la Administración Pública⁽⁶⁾.

La LAEI aporta **ideas ingeniosas, aunque** no siempre las más acertadas⁽⁷⁾.

La unificación terminológica bajo el término *emprendedores* sustituye a «las pymes y los autónomos», «empresarios», «profesionales», «trabajadores autónomos», «microempresas», «jóvenes trabajadores por cuenta propia» y «operadores del mercado». Aunque quizás sería mejor la unificación bajo el término *empresa* (empresa/sujeto)

La unificación terminológica bajo el término *emprendedores*⁽⁸⁾ sustituye (al parecer, con ventaja), a «las pymes y los autónomos», «empresarios», «profesionales», «trabajadores autónomos», «microempresas», «jóvenes trabajadores por cuenta propia» y «operadores del mercado» (a estos se refiere la Proposición de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013, PCM). Aunque **quizás sería mejor la unificación bajo el término *empresa* (empresa/sujeto), que hallamos consolidado en el Derecho de Defensa de la Competencia, en el Derecho Mercantil Contable y en el Derecho Laboral, en ocasiones recogido en la misma LAEI⁽⁹⁾. Al introducir la LAEI, el Título X LC, en su art. 231.1, se refiere**

re al «*empresario persona natural*» y precisa que «*a los efectos de este Título, se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos*», sin atreverse a emplear aquí el término *emprendedor*.

Es dudosa la eficacia de las medidas de la Ley, **tal como han sido reguladas**. El «*apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales*» (Título IV) incluye escasas medidas: unas programáticas, como la «*revisión del clima de negocios a través de mejoras regulatorias*» (obligación que ya tiene el Gobierno) o el reconocimiento de la «*miniempresa o empresa de estudiantes*», por un curso escolar prorrogable a un máximo de dos (disposición adicional novena), y otras discutidas (como facultar al empresario con menos de diez trabajadores a asumir personalmente el control de los riesgos laborales). En cambio, la integración de ventanillas únicas en los **puntos de atención al emprendedor (PAE)**, que sustituyen a los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), se aproxima a la oficina administrativa única, siempre reivindicada, que encontramos en otras legislaciones, como en la francesa (disposición adicional segunda). Algunas normas reducen trabas como las cargas estadísticas, la necesidad de otorgar escritura pública previa de constitución de la unión temporal de empresarios para concurrir a concursos públicos

(arts. 38, 42), la reducción de supuestos en que no se necesita previa calificación (art. 43) o la prohibición de discriminar a favor de quienes hayan contratado previamente con la Administración.

El art. 18 LAEI establece que «**todos los libros que obligatoriamente deban llevar los empresarios con arreglo a las disposiciones legales aplicables, incluidos los libros de actas de juntas y demás órganos colegiados, o los libros registros de socios y de acciones nominativas, se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación en soporte electrónico y antes de que transcurran cuatro meses siguientes a la fecha de cierre**». Se trata de una norma general, que se aplica a todos los «*empresarios*» (cfr. arts. 25 y ss. CCom.), que en materia de **legalización telemática** de los libros de los empresarios reitera la **asimilación que ya hacía el art. 27 CCom. entre libros contables y libros corporativos en cuanto a la facultad (como alternativa a la formación y legalización registral previa de los libros) de formarlos a partir de hojas para su legalización en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de cierre del ejercicio**.

La regulación unitaria del trámite de legalización registral se produce a pesar de las evidentes diferencias que existen entre los libros contables y los corporativos. En primer lugar, por su contenido, ya que los libros contables contienen declaraciones de conocimiento («*asientos y anotaciones*», los únicos a que se refiere el art. 27.2 CCom., que parece estar pensando solo en libros contables) y los libros corporativos recogen negocios jurídicos (acuerdos sociales en las actas, transmisión y gravamen de participaciones y acciones en sus correspondientes libros y registros); en segundo lugar, por su régimen jurídico, ya que solo los libros contables están amparados por el principio del secreto contable, con sus concretas limitaciones (art. 32 CCom.), mientras que el art. 26.2 CCom. reconoce a los socios el derecho de certificación de los acuerdos y actas de las juntas generales (los arts. 202 y 203 LSC regulan el acta de la junta, extranotarial y notarial), derecho de certificación que puede extenderse a los acuerdos y decisiones del órgano de administración, sin perjuicio del secreto de las deliberaciones. Los arts. 329 a 337 RRM también regulan de forma unitaria la legalización de ambas clases de libros, sea con carácter previo, de «libros en blan-





co», o sea después de su formación y encuadernación a partir de hojas o folios, que deberá hacerse dentro de los cuatro meses a contar de la fecha del cierre de ejercicio, aunque también puede hacerse fuera del plazo legal, en cuyo caso el Registrador lo hará constar (art. 333.3 RRM). Bien entendido que **en tanto no estén legalizados no podrán presentarse ante los juzgados** (por ejemplo, para solicitar la declaración de concurso o para acreditar el concursado la ordenada llevanza de su contabilidad). Esto es lo que aclara el art. 106.2 RRM cuando establece que «*los libros de actas, que podrán ser de hojas móviles, deberán legalizarse por el Registrador Mercantil necesariamente antes de su utilización, en la forma prevista en este Reglamento*».

Sobre la base de estas normas se ha generalizado la práctica de formar y encuadernar los libros de actas mediante fotocomposición de las actas originales de los distintos órganos colegiados y nueva firma de las mismas por los respectivos cargos para su presentación para la legalización y depósito en el Registro Mercantil. Mientras tanto, las certificaciones de los acuerdos se hacen, en la práctica, a partir de las actas (aprobadas y firmadas, o notariales: art. 109.4 RRM), y no (como era tradicional) del libro de actas, que generalmente todavía no está encuadernado y legalizado y, por tanto, «*no se puede utilizar*»⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, como «*simplificación de los requisitos de información económico-financiera*» (Título IV, Capítulo III), parece poco eficaz la elevación de los umbrales de activo y cifra de negocios para formular cuentas abreviadas, ampliando el número de sujetos autorizados (nuevo art. 257.1 LSC: total activo, 4 millones de euros; importe neto de la cifra de negocios no superior a 8 millones de euros, y número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no superior a cincuenta), **mientras se mantienen los preexistentes para la obligación de auditoría** (2,8 millones y 5,7 millones, respectivamente), **que es la que genera costes**. Las diversas reducciones en la carga impositiva serán más o menos eficaces, según los casos, como en el «**IVA de caja, que no lo es del todo**»⁽¹¹⁾.

Bajo el Título III, «Apoyo a la financiación de los emprendedores», se incluyen medidas heterogéneas, desde la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación en la Ley 22/2003, concursal, hasta la

modificación de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, permitiendo a las entidades de crédito emitir «*cédulas territoriales*», garantizadas con los préstamos concedidos por la entidad emisora al Estado, comunidades autónomas y entes locales, con derecho preferente de cobro de sus tenedores sobre aquellos, y «*cédulas y bonos de internacionalización*», garantizados con los préstamos vinculados a la financiación de contratos de exportación y a la internacionalización de empresas, con los requisitos que establecen los apartados 6 y 7 y ss. del extenso art. 34, cuyos tenedores tendrán el carácter de acreedores con preferencia especial en los términos del art. 1922 CC y, en caso de concurso, el privilegio especial del art. 90.1.1.º LC, y el aumento del capital social y la cifra de recursos propios computables mínimos de 10 millones y 15 millones de euros, respectivamente (art. 8 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca). El Título V, sobre «*Internacionalización de la economía española*», contiene medidas de política general como el «*Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española*» (art. 51), los instrumentos y organismos comerciales y de apoyo a la empresa e instrumentos y organismos de apoyo financiero, como el Fondo para la Internacionalización de la Empresa (FIEM), modificando la Ley 11/2010, de 28 de junio, y la Ley 11/1983, de 16 de agosto, de medidas financieras de estímulo a la exportación, derogada por la LAEI (arts. 50 a 60). Los arts. 61 a 76, últimos de la LAEI, regulan la «*entrada y permanencia en España por razones de interés económico*», facilitando la de inversores, emprendedores y profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos interempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas. Solo en parte afectan a los emprendedores.

También suscitan dudas sobre su eficacia las nuevas reformas en el Derecho Concursal, que luego examinaremos, como el **acuerdo extrajudicial de pagos**, con muchas restricciones, y el **mediador concursal**, limitadas a una parte de los deudores («*empresario persona natural*» con pasivo no superior a los 5 millones de euros: arts. 231 y 238 LC), y la **remisión de las deudas insatisfechas en la liquidación concursal (debts discharge)**, que, según el nuevo art. 178.2 LC, se aplica a todo «*deudor persona natural*», incluyendo a emprendedores y

a consumidores (es una norma general), aunque con una discriminación contraria a estos últimos, al no poder dispensarles en ningún caso del requisito del pago mínimo del 25 % de los créditos ordinarios.

La LAEI nace de una promesa del discurso de investidura del Presidente Rajoy de 19 de diciembre de 2011 y, después de estar parada durante 2012, fue aprobada por las Cortes con gran celeridad, sin conseguir el consenso en torno a su contenido, como advierten en el Informe del Consejo Económico y Social las siete enmiendas a la totalidad en el Congreso de los Diputados y los seis vetos presentados en el Senado y el debate parlamentario⁽¹²⁾.

Frente al optimismo expresado por el Ministro Cristóbal Montoro en la presentación del Proyecto de Ley⁽¹³⁾, se reprocha a esta que, partiendo de un **diagnóstico simplista, no cree medios de mejor financiación**, ya que la figura del denominado *empresario de responsabilidad limitada* (caso de emplearse) todavía retrasará más a los bancos⁽¹⁴⁾; no mejora los anteriores planes de internacionalización para fomentar la exportación (solo el 1,1 % de las empresas españolas exporta de manera regular), y no fomenta el emprendimiento colectivo (por cooperativas y otras empresas de la economía social)⁽¹⁵⁾.

El Preámbulo de la Ley constata las lacras de la economía española, agudizadas por la crisis, es decir, la destrucción de empresas y de empleo, y señala los cambios necesarios para superarlas, que constituyen el contenido de la Ley

Las críticas generales a la LAEI fueron sintetizadas en el veto del PSOE en el Senado, ya perdida toda esperanza de mejorar el Proyecto⁽¹⁶⁾: ausencia de rigor (como en la definición de *empresador*) y de sistemática, mezclando cosas de diversa índole; con normas puramente programáticas y medidas que no van a tener desarrollo práctico, o sometidas a requisitos y condiciones que desvirtúan su sentido y finalidad, o puramente engañosas, como la exigibilidad del ingreso del IVA por el principio de caja (cuando solo la aplaza hasta el fin del ejercicio siguiente, aunque el sujeto no haya cobrado la prestación); la

regulación de materias relativas a derechos fundamentales (como los de los inmigrantes) que exigen ley orgánica (aunque, como replicó la representante del PP, la LAEI regula solo el «ejercicio» de tales derechos); con «*insuficiente técnica jurídica, que dibuja una maraña de modificaciones legislativas que generan confusión e inseguridad jurídica*», y regulando, además, materias que nada tienen que ver con el Proyecto, como el mercado de tabacos, los seguros privados y planes y fondos de pensiones, o los índices de intereses (añadidos mediante enmiendas del PP en el Congreso). A estos reproches se añade la posible invasión de competencias de las comunidades autónomas, que se habían adelantado a establecer normas de apoyo a los emprendedores.

El **Preámbulo de la Ley** (trasunto de la Memoria de Impacto Normativo) constata las **lacras de la economía española**, agudizadas por la crisis, es decir, la destrucción de empresas y de empleo (entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas, más del 99,5 % de menos de veinte asalariados, frente a la creación de 1,7 millones), y señala **los cambios necesarios para superarlas, que constituyen el contenido de la Ley**:

- En primer lugar, y sobre todo, según la Exposición de Motivos, es indispensable «**un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos**», siendo «*piedra angular para que este cambio tenga lugar, sin duda, el sistema educativo*». Los arts. 4 a 6 de la Ley, que regulan la incorporación del «*emprendimiento*» (que recuerda el viacrucis) en la enseñanza primaria, secundaria y universitaria, sin embargo, **expresan deseos, más que normas (por estar faltas de sanción)**, como que «*el personal docente adquiera las competencias y habilidades relativas al emprendimiento, la iniciativa empresarial, la igualdad de oportunidades en el entorno empresarial y la creación y desarrollo de empresas*» (art. 6.1).
- En segundo lugar, dice la Exposición de Motivos, **debe mejorarse el marco normativo, que origina excesivos costes**. Sin embargo, la aportación de la Ley en este aspecto es limitada.
- En tercer lugar, se deben **corregir las dificultades para acceder a la financiación** (asunto realmente obvio y esen-

cial, pero no afrontado eficazmente en la Ley).

- En cuarto lugar, se ha de «**mejorar el entorno de la investigación, el desarrollo y la innovación, así como la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones**». Aquí, los científicos firmantes de la «Carta por la ciencia» seguramente tendrían mucho que decir.
- En quinto lugar, se han de **aprovechar «los mercados internacionales, fuente esencial de crecimiento en un contexto de globalización»**, con una política de inmigración de profesionales cualificados, siguiendo el entorno institucional y regulatorio de Estado de acogida recomendado por la OCDE para favorecer el emprendimiento, objetivo que se incorpora al título de la Ley.

La LAEI, en suma, gira en torno a cuatro ejes: el apoyo a la iniciativa empresarial (donde se encuadran las novedades de Derecho Mercantil, incluido el Concursal), la financiación de los emprendedores, la simplificación de cargas administrativas y la modificación del Estatuto del Trabajador Autónomo

La LAEI, en suma, gira en torno a cuatro ejes: a) apoyo a la iniciativa empresarial (donde se encuadran las novedades de Derecho Mercantil, incluido el Concursal); b) financiación de los emprendedores; c) simplificación de cargas administrativas, y d) modificación del Estatuto del Trabajador Autónomo⁽¹⁷⁾.

Muy en síntesis, en materia tributaria, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, se introduce, con efectos a 1 de enero de 2014, el régimen especial del criterio de caja (aunque solo parcialmente)⁽¹⁸⁾. En el Impuesto sobre Sociedades, se modifica el régimen de reducción de las rentas procedentes de la cesión de determinados activos intangibles (*patent box*), se introduce una nueva deducción en cuota para pymes o micropymes por la inversión de los beneficios del ejercicio en elementos nuevos de inmovilizado material o inversiones inmo-

biliarias y se modifica la norma relativa al límite sobre la cuota íntegra respecto a la deducción por I+D+i. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se modifica el régimen de incentivos fiscales para inversiones en empresas de nueva o reciente creación (*business angels*).

En materia laboral, la LAEI facilita la movilidad internacional agilizando la concesión de visados y autorizaciones de residencia a inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados y trabajadores o profesionales objeto de traslados intraempresariales. Asimismo, reduce las cotizaciones a la Seguridad Social en el caso de trabajadores en situación de pluriactividad, simplifica la normativa de prevención de riesgos laborales para las empresas de hasta veinticinco trabajadores y sustituye la obligación de tener un libro de visitas físico a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por uno electrónico.

En materia de Derecho Administrativo y Regulatorio, destaca la reducción de cargas burocráticas y la reforma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para facilitar la contratación con el mismo; cambios inspirados en hacer menos compleja y dificultosa la contratación con el sector público, como, por ejemplo, el aumento del importe para exigir clasificación (aumentando así el número de quienes no la necesitan), la regulación de la posibilidad de sustituir la presentación de la documentación administrativa por una declaración responsable o la apertura de la posibilidad de constituir garantía mediante retención en el precio.

II. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (ERL)

1. Concepto y naturaleza del llamado emprendedor de responsabilidad limitada

El importante art. 7 LAEI establece que «**el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición del llamado emprendedor de responsabilidad limitada (ERL), una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este Capítulo**». Los arts. 8 a 11 desarrollan esta norma⁽¹⁹⁾.



Pero el llamado emprendedor de responsabilidad limitada de la LAEI responde ilimitadamente por sus deudas no empresariales, contractuales y extracontractuales (art. 1911 CC), y también por las contraídas en el ejercicio empresarial, en tanto responde de ellas con todos sus bienes presentes y futuros, aunque **dicha responsabilidad no se puede ejecutar sobre su vivienda habitual que no supere el valor de 300.000 euros (o 450.000 euros en Madrid y Barcelona). No se trata de limitación de responsabilidad, sino de «declaración de inembargabilidad» de la vivienda habitual.**

La inembargabilidad no alcanza todas las deudas: a) solo es oponible a las obligaciones empresariales o profesionales (se entiende que tanto contractuales como extracontractuales, por daños a terceros); b) solo es oponible a favor de la vivienda habitual del ERL, siempre que, conforme a la base imponible del ITP y AJD, en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, dicha vivienda no supere el valor de 300.000 euros, o de 450.000 euros (coeficiente del 1,5 %) en el caso de vivienda situada en ciudad de más de un millón de habitantes (Madrid y Barcelona); c) además, la limitación no es oponible a las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social (art. 10, apartados 1 a 3), y d) por último, no es oponible cuando el deudor haya actuado «con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable» (art. 8.4). Es normal que las leyes que reconocen limitaciones de responsabilidad las excluyan cuando el deudor haya incurrido en dolo o negligencia grave.

El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición del llamado emprendedor de responsabilidad limitada

Las disposiciones adicional primera y final quinta de la LAEI establecen que, en caso de deudas de Derecho Público (tri-



butarias y de la Seguridad Social), cuando entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del ERL, su ejecución solo será posible si: a) no se conocen otros bienes del mismo, y b) entre la notificación de la primera diligencia y la realización del procedimiento de enajenación media un mínimo de dos años.

La LAEI induce al error de pensar que se refiere al empresario de responsabilidad limitada del art. 7 de la 12.ª Directiva de Sociedades, 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, que permitía regular a los Estados Miembros, como alternativa, o junto con la Sociedad de Capital Unipersonal (SRLU, aunque también admitía la SAU), separando del patrimonio personal o familiar un patrimonio empresarial de afectación al pago de todas las deudas empresariales.

La figura del **empresario de responsabilidad limitada**, propuesta por primera vez por el Jurista austríaco Otto PISKO en 1910, ha sido objeto de discusión doctrinal sobre su naturaleza, sus ventajas e inconvenientes, y de numerosas propuestas de regulación⁽²⁰⁾. La opción propuesta por la Directiva 89/667/CEE de inmediato solo fue acogida en Portugal, que ya la regulaba con anterioridad, por el Decreto 248/1986, de 25 de agosto de 1986, como un patrimonio de afectación, para pronto sustituirla por la Sociedad Unipersonal, que terminó por ser la única regulada en todos los Estados Miembros, dado que resultaba difícil trasladar a esta figura las garantías exigidas por el art. 7 de la Directiva a la Sociedad Unipersonal (protección del capital social, publicidad

registral, cuentas anuales)⁽²¹⁾. No obstante, el Informe CHAMPAUD, de 26 de octubre de 1977, en Francia ya proponía formas de limitación de la responsabilidad del empresario que consistieran no en la «afectación positiva» de un «patrimonio de afectación», con su necesaria delimitación y protección de su integridad, transparencia contable y publicidad, lo que sería muy complejo, sino en el de «afectación negativa», es decir, la inembargabilidad de bienes concretos no sujetos a la responsabilidad empresarial. **Esta solución fue introducida en Francia por la Ley de Modernización de la Economía, de 4 de agosto de 2008**, que modificó por primera vez el art. L. 526 del (nuevo) Código de Comercio francés.

La **Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds de mayo de 2008** seguía el modelo francés, con un **régimen de afectación negativa** o de inembargabilidad de bienes inmuebles concretos no sujetos a la responsabilidad empresarial. El art. 7 LAEI sigue el mismo modelo, aunque minimizado.

Mientras la Sociedad Unipersonal separa el patrimonio invertido en el riesgo de una actividad empresarial del patrimonio personal del socio único, que queda totalmente a cubierto de todas las deudas sociales (inclusive las nacidas frente a Hacienda y la Seguridad Social), y pueden constituirse tantas SLU/SAU como negocios tenga el emprendedor⁽²²⁾, los arts. 7 a 11 LAEI permiten la declaración de la **inembargabilidad de la vivienda habitual del ERL cuyo valor no supere los 300.000/450.000 euros**, se-



gún esté en ciudades de menos o más de un millón de habitantes (Madrid y Barcelona), solo por deudas «empresariales o profesionales» y solo frente a acreedores privados. **El sistema pretende conseguir con pocos costes el resultado sencillo de proteger un mínimo «peculio» del emprendedor. Falta saber hasta qué punto lo consigue.**

2. Derecho Comparado: el Código de Comercio francés

Como indica la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de la LAEI (que no menciona siquiera la Proposición de Ley de mayo de 2008), la limitación de responsabilidad por las deudas empresariales del emprendedor que se incorpora a la LAEI **tiene su precedente en la legislación francesa, aunque presenta con ella notables diferencias.**

Lo primero que hay que advertir es que **el vigente Código de Comercio francés regula dos instituciones totalmente distintas: la «declaración de inembargabilidad de determinados bienes» y el «patrimonio de afectación profesional»** (verdadero sistema de limitación de responsabilidad del emprendedor), distinto de la Sociedad Unipersonal.

1. Declaración de inembargabilidad. El art. L. 526-1 del Código de Comercio francés (introducido por el art. 8 de la Ley 2003-721, de 1 de agosto de 2003, y que sigue vigente) establece que, en **derogación**

de los arts. 2284 y 2285 del Código Civil, una persona física inscrita en un registro de publicidad legal de carácter profesional o que ejerza una actividad profesional agrícola o independiente⁽²³⁾ **puede declarar «inembargables» sus derechos sobre el inmueble de su residencia principal, así como sobre todo bien inmueble, edificado o no, que no haya afectado a su uso profesional** (art. 14 de la Ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008). Si el declarante está casado en algún régimen de comunidad de bienes, debe acreditar que su esposa conoce **la declaración de inembargabilidad al inscribir esta en el Registro de publicidad legal de carácter profesional.**

Esta declaración se debe **realizar en acta notarial bajo pena de nulidad y publicar en el fichero inmobiliario**⁽²⁴⁾, y produce efectos frente a los acreedores cuyos créditos nazcan después de la publicación **con ocasión del ejercicio de la actividad profesional del declarante.**

Cuando el inmueble no sea utilizado totalmente para la actividad profesional, la declaración de inembargabilidad del resto del inmueble requiere un «*état descriptif de division*». No obstante, si el declarante fija su residencia principal en un inmueble, todo él es susceptible de declaración de inembargabilidad. La jurisprudencia ha declarado que si el inmueble es propiedad de una sociedad de la que es socio el declarante, la declaración de inembargabilidad es ineficaz. La declaración de inembargabilidad del

menor o **incapacitado es un acto de administración que puede realizar el tutor** en el régimen de la tutela y curatela.

La declaración de inembargabilidad es oponible al concurso de acreedores del declarante con tal de que se haya publicado antes de la liquidación concursal y no puede considerarse hecha con fraude aunque el declarante estuviera en situación de sobreseimiento en los pagos, salvo que se pruebe que este no podía ignorarlo⁽²⁵⁾. **De acuerdo con el apartado 3 del art. L. 526 CCom., en caso de cesión de los derechos inmobiliarios designados en la declaración, el precio obtenido es inembargable por los acreedores cuyos créditos han nacido después de la publicación de la declaración, bajo la condición de que aquel se reinvierta en el plazo de un año en la adquisición por el declarante de un inmueble donde tenga fijada su residencia principal.** La declaración de reinversión queda sometida a las condiciones de validez y de oponibilidad que señalan los apartados 1 y 2 del art. L. 526 CCom., y puede ser objeto de renuncia sobre todos o parte de los bienes declarados inembargables y en beneficio de uno o varios acreedores. Los efectos de la declaración de inembargabilidad subsisten en caso de disolución del régimen matrimonial cuando el declarante resulta adjudicatario del bien, mientras que **el fallecimiento del declarante comporta la revocación de la declaración de inembargabilidad. Se trata de un derecho personalísimo del declarante.**

La declaración de inembargabilidad es oponible al concurso de acreedores del declarante con tal de que se haya publicado antes de la liquidación concursal y no puede considerarse hecha con fraude aunque el declarante estuviera en situación de sobreseimiento en los pagos, salvo que se pruebe que éste no podía ignorarlo

2. El patrimonio de afectación profesional. La importante Ley 2010-658, de 15 de junio de 2010, ha introducido en Francia una institución absolutamente distinta de la declaración de inembargabilidad, que es el patrimonio afecto a las deudas empresariales (no incorporado al Derecho español, aun-



que presenta gran interés doctrinal y ayuda a comprender el limitado alcance de la LAEI).

En la nueva redacción que introduce la Ley de 15 de junio de 2010, el art. L. 526-6, p. 1.º CCom., dispone que *«todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin creación de una persona jurídica»*⁽²⁶⁾. Si acaso existía antes la unidad del patrimonio, como una proyección de la personalidad individual⁽²⁷⁾, esta Ley la ha roto definitivamente. El art. L. 526 CCom. regula ampliamente este patrimonio afecto como una universalidad susceptible de transmisión. Dice el art. L. 526-17: *«El EIRL puede ceder a título oneroso, transmitir a título gratuito entre vivos o aportar a una sociedad la totalidad del patrimonio afectado y transmitir su propiedad en las condiciones previstas en los apartados II y III del presente artículo sin proceder a su liquidación»*. Es evidente que ello no puede hacerse con el patrimonio personal, que sí es emanación de la personalidad del individuo, por lo que el patrimonio afectado es concebido como una universalidad, sobre el que el titular ostenta un «derecho de propiedad» que puede transmitir. Dice el art. L. 526-12 CCom.: *«Este patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones o garantías (suretés) de los que el empresario individual es titular»*.

El cesionario, donatario o beneficiario de la aportación social se convierte en deudor de los créditos contra el empresario individual, sin que la sustitución comporte novación (art. L. 526-17, II, p. 3 CCom.). La cesión a persona física mantiene la afectación, mientras que si es una persona jurídica, no, y el patrimonio pierde su identidad, confundido con el de esta. La revocación de la afectación o el fallecimiento ponen fin a la afectación, a no ser que uno de los herederos desee continuar la actividad a la que está afectado el patrimonio (art. L. 526, apartados 15, 16 y 17). Por consiguiente, no se trata de un «patrimonio de afectación» que determina la separación del mismo de la persona titular, sea física o jurídica. Y el art. L. 526-4 CCom. se refiere al «valor global del activo» y al «valor global del pasivo» del patrimonio afectado. Por tanto, no se puede calificar como universalidad de hecho, sino que es una *universalidad de derecho*. Pero no es un bien, sino que, en caso de procedimiento de ejecución, se dirigirá sobre los bienes concretos que el acreedor esté facultado a ejecutar⁽²⁸⁾. Por último, existe una separación total entre el patrimonio afectado y el personal: los acreedores del patrimonio

afectado no pueden dirigirse contra el patrimonio personal y los acreedores personales no pueden perseguir el patrimonio afecto o profesional. A diferencia de lo que ocurre con otros patrimonios separados, de afectación, como la herencia a beneficio de inventario: los acreedores de la herencia no pueden perseguir los bienes personales del heredero, pero, una vez satisfechas las deudas del causante, los acreedores personales sí que pueden perseguir los bienes de la herencia.

Los emprendedores que quieran constituirse en ERL tienen que inscribirse en el Registro Mercantil, bien mediante acta notarial, que el Notario presentará de manera telemática en el mismo día o al siguiente a su autorización, o bien mediante instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente al Registro

Las diferencias con la declaración de inembargabilidad del art. L. 526-1 son evidentes: a) la declaración de inembargabilidad aparta la vivienda residencia principal y otros inmuebles concretos del patrimonio de la responsabilidad por deudas contraídas en la actividad empresarial, mientras que, por el contrario, con la creación de un patrimonio afecto a la actividad empresarial separado del personal, lo que se hace es afectar exclusivamente dicho patrimonio a las deudas empresariales; b) no se individualizan bienes inmuebles concretos inembargables por deudas empresariales, sino un patrimonio, formado por activos y pasivos. La doctrina estima que ambas facultades no son incompatibles, sino acumulables⁽²⁹⁾.

La introducción del EIRL en Francia ha tenido gran impacto en el ordenamiento jurídico, tal y como se observa en relación con el menor emancipado, al que los nuevos arts. L. 121-2 CCom. y 413-8 CC permiten adquirir la condición de comerciante (en cualquiera de los supuestos de emancipación y sin exigir tener dieciocho años) con autorización judicial (ya no de familiares) e inscripción en el Registro Mercantil, suscitando la reserva de que un menor con dieciséis años pueda asumir las responsabilidades del ejercicio del comercio y la congruencia con otras normas que no han sido modificadas⁽³⁰⁾.

3. Requisitos de constitución del ERL en Derecho español

Los requisitos para hacer valer la **limitación de responsabilidad** del ERL, o constitución del ERL, son los siguientes:

1) Los emprendedores que quieran constituirse en ERL (aunque no sean empresarios mercantiles) **tienen que inscribirse en el Registro Mercantil de su domicilio** (art. 9.1 LAEI), **bien mediante acta notarial**, que el Notario presentará de manera telemática en el mismo día o al siguiente a su autorización, **o bien, alternativamente**, mediante instancia suscrita con la **firma electrónica reconocida** del empresario y remitida telemáticamente al Registro. Es tradicional la inscripción del empresario mercantil persona física en este Registro mediante instancia con firma legitimada notarialmente, como excepción al principio de título público. Sin embargo, en este supuesto, **debería haberse exigido acta notarial (como exige el Código de Comercio francés), por seguridad jurídica y dado que el destino último de la declaración no es el Registro Mercantil, sino el Registro de la Propiedad**.

A partir de la inscripción, salvo consentimiento expreso de los acreedores, el ERL seguirá respondiendo de forma ilimitada de todas sus deudas anteriores (art. 9.3). **El art. 9.1 LAEI otorga carácter constitutivo a la inscripción de ERL** (*«la condición de emprendedor de responsabilidad limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio»*). En consecuencia, la declaración de inembargabilidad no es **oponible a los acreedores empresariales que la hayan conocido extrarregistralmente**. Como sabemos, art. 21.1 CCom. dispone que *«los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el BORME»*. Pero añade que *«quedan a salvo los efectos propios de la inscripción»*, que en este caso son constitutivos. La inscripción contendrá una indicación del activo no afecto (vivienda habitual), además de ser el presupuesto para la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente. Además, la publicidad registral del ERL se hará a través de un portal público de libre acceso *«sin coste para el usuario»* (mientras que la disposición adicional décima reduce los aranceles registrales para el ERL a 40 euros en el Mercantil y a 24 euros en el de la Propiedad) y en la documentación comercial del ERL (arts. 9,

apartados 4 y 2). La publicidad registral inmobiliaria también se basa en la protección del tercero de buena fe, pero el emprendedor no podrá oponerla a los acreedores que conocen su declaración, ya que no es ERL por no estar inscrito en el Registro Mercantil. La valoración de la vivienda habitual se hará aplicando la base imponible del ITP y AJD en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 8.2 LAEI)⁽³¹⁾.

2) En la inscripción **en el Registro Mercantil, en el plazo de seis horas hábiles** (que se podrá realizar telemáticamente a través del CIRCE), el ERL **indicará el bien inmueble que pretende que no quede obligado** por las resultas de su giro empresarial o profesional, para que conste en la inscripción del ERL, de lo que **el Registrador Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad, para su inscripción (igualmente en el plazo de seis horas hábiles)**. No se comprende que el Registrador de la Propiedad esté obligado a practicar una inscripción que excluye la embargabilidad por deudas empresariales de un inmueble **sin basarse en un título público**, dado que, **en ausencia de declaración ante Notario, la certificación del Registrador Mercantil no puede dar fe de que el declarante ha manifestado su voluntad de forma libre y bien informada**⁽³²⁾.

El Registrador de la Propiedad, a partir de la inscripción de la certificación del Registro Mercantil, denegará la inscripción de anotación preventiva de embargo sobre el inmueble no sujeto, *«a menos que del mandamiento resulte que (i) se aseguran deudas no empresariales o profesionales, o (ii) que estas han sido contraídas antes de la inscripción de la limitación de responsabilidad, o (iii) que son obligaciones tributarias o con la Seguridad Social»* (art. 10, apartados 1 a 3). Parece que ambos registradores estén facultados para calificar si la vivienda que se indica es la habitual, o de residencia habitual, del ERL, y si cumple el límite de valor correspondiente, y a tal efecto podrán exigir la aportación de los documentos de los que legalmente se desprenden estos hechos⁽³³⁾.

3) En tercer lugar, el ERL debe formular y, en su caso, **someter a auditoría las cuentas anuales** correspondientes a su actividad empresarial o profesional de conformidad con lo previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, **y depositarlas** en el Registro Mercantil (co-

mo si fuera una sociedad de capital y, por tanto, **con ese coste**). Si no las deposita transcurridos **siete meses** desde el cierre de ejercicio, **perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad en relación con las deudas contraídas después de finalizar ese plazo**, y lo recuperará en el momento de una posterior presentación (se entiende que con respecto a las contraídas a partir de ese momento, en que la limitación se hace oponible a terceros, aunque la norma podría haberlo aclarado). No obstante, los que tributen por el régimen de estimación objetiva bastará que cumplan los deberes formales establecidos en su régimen fiscal y mediante el depósito de un modelo estandarizado de doble propósito, fiscal y mercantil, en la forma que se desarrolle reglamentariamente (art. 11.4 LAEI).

El régimen del ERL pretende incrementar el número de usuarios de los registros y no tanto los de la fe pública notarial (a diferencia de lo que ocurre con la constitución de la Sociedad Unipersonal, en que todos pasan por la Notaría)

El régimen del ERL pretende incrementar el número de usuarios de los registros y no tanto los de la fe pública notarial (a diferencia de lo que ocurre con la constitución de la Sociedad Unipersonal, en que todos pasan por la Notaría).

En nuestra opinión, no obstante, **existen muchas razones para preferir la constitución de una Sociedad Unipersonal**, máxime después de la regulación, en la misma LAIE, de la **«Sociedad Limitada de Fundación Sucesiva»**, que puede constituirse con un **capital social de 1 euro** (arts. 4 y 4 bis LSC, en la nueva redacción dada por el art. 12 LAIE).

4. Cuestiones prácticas

La regulación del ERL en la LAEI plantea **muchas cuestiones prácticas en su aplicación (en parte, resueltas por la legislación y jurisprudencia francesas, como hemos visto)**:

1) La primera cuestión que se plantea es la aplicación del límite máximo de inembar-

gabilidad que el art. 8.2 refiere específicamente a **«la vivienda habitual del deudor, siempre que no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del ITP y AJD en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil; en caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes, se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior»** (450.000 euros en Madrid y Barcelona). Este problema no se plantea en absoluto en el Código de Comercio francés.

La norma no se refiere a una suma de responsabilidad (300.000/450.000 euros), que se podría aplicar aunque la vivienda del deudor tuviese un valor superior, sino a **una vivienda, vivienda habitual, y, además, que tenga como cualificación no sobrepasar el indicado valor, es decir, una vivienda de tipo medio y no de lujo**. Esta es la *ratio legis* de la limitación de responsabilidad.

El problema es que la formulación de la norma impide aplicar la inembargabilidad en situaciones muy frecuentes (con los gastos que genera), de modo que podríamos traer aquí la teoría de las «normas suicidas» (que hemos ensayado en relación con algunas de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales). En efecto, como ha señalado el Profesor PRATS ALBENTOSA, *«la limitación no operará en absoluto cuando [el valor de la vivienda] supere tal cantidad (por ejemplo, 300.000,50 euros), lo que determinará su ejecutabilidad»*. No obstante, el autor opone que *«desde una interpretación teleológica, puede considerarse que lo que el legislador pretende es que la limitación de responsabilidad [...] opere hasta ese valor (300.000 euros). Lo que implicaría que no podría ser embargada hasta esa cuantía mínima y que, en cambio, sí sería embargable [...] a partir de la cantidad que excediera de ese valor»*. Y concluye: *«A mi modo de ver, la norma debería ser interpretada en el primer sentido, de forma que el límite a la responsabilidad patrimonial quedaría establecido en tal valor»*. En esta frase ya parece haber un principio de contradicción (*«en el primer sentido»/«valor»*), y en el ejemplo que el autor pone a continuación (caso de vivienda ganancial) aboga por abandonar la literalidad de la norma para tener en cuenta exclusivamente el **valor de la cuota del emprendedor declarante**, aunque el inmueble supere el valor de 300.000/450.000 euros⁽³⁴⁾. Si interpreto bien su propuesta, en el caso



de una vivienda ganancial (comunidad sin cuotas o germánica) o en comunidad de bienes romana, correspondiendo en ambos casos al emprendedor la mitad del valor de la vivienda, esta podría tener un valor de 600.000/900.000 euros y, de este modo, se haría efectiva, de acuerdo con la interpretación teleológica, la (alegada) voluntad del legislador de hacer inembargable el valor de 300.000/450.000 euros, en una interpretación o jurisprudencia de intereses favorable al ERL. **Sin embargo, con ello no se respetaría el principio de no hacer inembargable una vivienda de lujo, que es (al parecer) la ratio legis de este régimen, y se estarían lesionando los intereses de los acreedores, más allá de lo que dispone la Ley.** La solución más segura al problema es que **la vivienda habitual sea bien privativo del emprendedor**, con valor fiscal inferior a 300.000/450.000 euros, para lo cual habrá tenido que ser adquirido por el emprendedor por herencia o donación; o contraer matrimonio en régimen de separación de bienes, o pactarlo constante matrimonio y que la vivienda habitual sea adquirida después por el emprendedor (de lo contrario, frente a los acreedores anteriores, seguiría respondiendo como si fuera aún bien ganancial).

Pongamos otro caso: si la vivienda habitual se hubiese adquirido con un préstamo hipotecario, ya sabemos que el acreedor hipotecario no se ve afectado por la limitación de responsabilidad, puesto que es acreedor anterior. **Siguiendo el razonamiento del Profesor PRATS ALBENTOSA**, el límite máximo de valor de la vivienda no embargable **debería ser, quizás, el neto, una vez deducido del valor real de la vivienda el préstamo hipotecario más gastos** estimados para ejecución. Interpretado de este modo el sistema, podría beneficiar, hasta la cuantía de 300.000 euros (o 450.000 euros en Madrid y Barcelona), a los ERL que hubiesen adquirido, con un préstamo hipotecario, una vivienda de un valor superior (supongamos 800.000 euros en Madrid o Barcelona). Resultarían beneficiados por esta interpretación: a) el emprendedor, que en tal situación se constituiría en ERL; b) el mercado inmobiliario (en cuyo interés parece haber sido ideada la norma), y c) los notarios y registradores, mercantiles y de la propiedad, que también verían incrementado su mercado. Sin embargo, **los acreedores podrían alegar justificada-**



mente que no es lícito extender un privilegio más allá de los términos en que lo ha reconocido el legislador.

Uno de los problemas no afrontados por la LAEI es si el emprendedor puede renunciar al beneficio de poder acogerse a la limitación de responsabilidad

Debe advertirse que ni el Código de Comercio francés ni la Proposición de Ley de mayo de 2008 establecen un límite cuantitativo a la inembargabilidad de la vivienda habitual. Puede parecer razonable que el legislador lo haya introducido; de lo contrario, se argumenta, el declarante podría intentar poner a cubierto de las deudas empresariales una vivienda suntuosa. Pero, **con esta limitación, la LAEI se aleja del modelo francés**, que reconoce la libre facultad del emprendedor de decidir qué bienes inmuebles (fácilmente identificables y no afectos a la actividad empresarial) aparta de la aventura del negocio (igual que cuando decide no aportarlos a una Sociedad Unipersonal). **El legislador español solo pretende proteger a los pequeños emprendedores con un peculio de modesta entidad** (lo que hace encarecer comparativamente los costes del sistema). Por ejemplo, no vemos

qué inconveniente habría habido si, además de la vivienda habitual, el emprendedor hubiese declarado inembargable su segunda vivienda (chalet o apartamento, en su caso, con un límite de valor).

2) Otra importante cuestión plantea **la enajenación de la vivienda habitual del emprendedor (para la que el art. 38 LIRPF, en su redacción por el art. 27 LAEI, permite la desgravación del precio, si se reinvierte en una nueva vivienda habitual)**. Pero, **en el mismo momento en que perciba el precio, este será embargable por sus acreedores privados empresariales, salvo que lo reinvierta inmediatamente en otro inmueble destinado a vivienda habitual**. La LAEI olvida establecer la inembargabilidad del dinero percibido y el plazo máximo para su reinversión, a diferencia del Código de Comercio francés y de la Proposición de Ley de mayo de 2008 (en ambos, de un año). Para salvar este olvido de la LAEI, existen dos vías alternativas: una es que el comprador de la primera vivienda entregue el precio al vendedor de la segunda, bajo fe pública notarial; otra es que la entrega del precio de la primera vivienda se condicione al momento en que el emprendedor pueda aplicarlo a pagar la segunda vivienda que adquiere. Damos por supuesto que estas situaciones serán poco duraderas, puesto que el emprendedor necesita tener una vivienda habitual y excluirá tomarla

en alquiler, por su interés en realizar la reversión. En cambio, no sirve constituir una cuenta de ahorro vivienda, porque su saldo es embargable por los acreedores.

La LAEI ha introducido un mecanismo nuevo de limitación de responsabilidad por las deudas empresariales mediante declaración del emprendedor de la inembargabilidad de su vivienda habitual (privativa o ganancial), que puede tener efectividad muy modesta (especialmente si la comparamos con el modelo francés)

3) Otro problema no afrontado por la LAEI es **si el emprendedor puede renunciar al beneficio de poder acogerse a la limitación de responsabilidad**⁽³⁵⁾. Si llegáramos a la conclusión de que es renunciable, la reforma no habría servido para nada, puesto que los emprendedores más pequeños o en circunstancias difíciles no tendrían más remedio que renunciar (por ejemplo, frente a los bancos, en un proceso de refinanciación). Por otro lado, el legislador español (a diferencia del francés) no permite ampliar los bienes señalados como inembargables a otros bienes inmuebles no afectos a la actividad empresarial que no sean la vivienda habitual. Por consiguiente, es lógico que, según el Código de Comercio francés, el derecho a la inembargabilidad pueda ser objeto de renuncia sobre todos o parte de los bienes declarados inembargables y en beneficio de uno o varios acreedores. Por tanto, creemos que el derecho a la responsabilidad limitada consistente en declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual para fomentar la actividad emprendedora es irrenunciable.

4) En Derecho español puede interpretarse, al igual que en el francés, que los efectos de la declaración de inembargabilidad subsisten en caso de disolución del régimen matrimonial cuando el declarante resulta adjudicatario del bien. Por el contrario, mientras que en Derecho francés se interpreta que el fallecimiento del declarante comporta la revocación de la declaración, en Derecho español parece más razonable defender que sus efectos permanecen a favor de sus herederos y hasta el momento

en que se produzca la adjudicación de la vivienda habitual del causante al heredero o legatario que, por convertirla en su vivienda habitual y tener la condición de emprendedor, pueda renovar o prorrogar la declaración de inembargabilidad inscribiéndola en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad.

5. Valoración de este sistema de limitación de responsabilidad

Aparte de la diferencia de concepción y sus deficiencias de regulación en comparación con su modelo francés (que hemos destacado), es probable que el coste que supone para el emprendedor sea disuasorio (inscripción, cuentas anuales y su publicidad registral, etc.).

El Profesor Jesús ALFARO formuló otras objeciones a la Ley⁽³⁶⁾. Le objeta que habría sido mejor declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual con carácter general (parece referirse a la vivienda de emprendedores o de no emprendedores), lo que resultaría de la ley y no distorsionaría las decisiones de los terceros de dar crédito (en todo caso —se añade—, con un límite de valor, para excluir las viviendas de lujo); si bien la finalidad genuina de la LAEI no es la protección de la vivienda habitual (no llega a ese extremo el Estado social), sino la creación de un peculio inembargable como estímulo para emprender. La objeción, por tanto, es acertada, en el sentido de que podría haberse reconocido la inembargabilidad de la vivienda habitual de todos los emprendedores, sin necesidad de declaración ni inscripciones. En segundo lugar, alega que no es cierto que la promoción de las actividades empresariales justifique hacer de peor condición a los acreedores del empresario respecto de los acreedores del que trabaja por cuenta ajena (entiéndase: empleados y funcionarios), si bien el privilegio de la responsabilidad limitada (desde su reconocimiento histórico en favor del naviero) siempre se justificó como estímulo de la actividad empresarial (aunque fuera en perjuicio de los acreedores empresariales del empresario, que han de asumir esta parte en la distribución legal de los riesgos de la aventura empresarial). Añade que el empresario individual ya podía limitar su responsabilidad constituyendo una Sociedad Unipersonal y que el legislador no ha justificado por qué era necesario modificar el régimen preexistente; sin embargo, el

legislador español (al igual que el francés) parte del escaso número de sociedades unipersonales constituidas en comparación con el número de empresarios y profesionales individuales existente, por la complejidad de su constitución y gestión.

El Profesor ALFARO concluye que «*si los empresarios individuales son racionales, no se producirán inscripciones de empresarios individuales*», porque: a) la vivienda habitual la tendrán hipotecada por el banco que financió su compra, a quien no cabe oponer la limitación; b) los acreedores empresariales (proveedores y trabajadores) tienen otros medios de tutela de sus créditos (entendemos que se refiere a garantías reales y personales); c) no les protege frente a Hacienda y la Seguridad Social (a diferencia de si constituyen una SLU), y d) ya tienen la posibilidad de constituir una SRL o e) de «*poner la vivienda habitual a nombre de su cónyuge (art. 6 CCom.)*»⁽³⁷⁾.

En cambio, no puede servir de objeción que la LAEI haya incorporado a nuestro Derecho la remisión concursal de deudas o *debts discharge* con **el nuevo art. 178.2 LC, porque la inembargabilidad de la vivienda habitual del ERL es un estímulo a los emprendedores que funciona tanto *in bonis* como en el concurso, y con carácter previo a la liquidación concursal.**

En conclusión, la LAEI ha introducido un mecanismo nuevo de limitación de responsabilidad por las deudas empresariales mediante declaración del emprendedor de la inembargabilidad de su vivienda habitual (privativa o ganancial), que puede tener efectividad muy modesta (especialmente si la comparamos con el modelo francés).

III. LA SOCIEDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA (SLFS)

3.1. Derecho Comparado

3.1.1. Las diversas experiencias

El art. 12 LAEI introduce o modifica en la LSC los arts. 4, 4 bis, 5 (este, limitado a permitir que se autoricen sus escrituras de constitución) y 23 —cuyo apartado d) exige la expresa declaración en los estatutos sociales de sujeción a dicho régimen, en tanto la cifra de capital sea inferior al capital legal mínimo de 3.000 euros. Los arts. 4.2



y 4 bis regulan la **Sociedad Limitada de Formación Sucesiva** (que responde a una finalidad distinta a la fundación sucesiva en la Sociedad Anónima, suprimida en el Texto Refundido de la LSC por no ser utilizada en la práctica).

Estas normas, como informa la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, se inspiran en las legislaciones francesa, belga y alemana (y, añadamos, la italiana), que introducen una simplificación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (con la posibilidad de constituirla con un capital de 1 euro). Estas reformas están concebidas como respuesta a la amenaza de invasión de sociedades constituidas como «Private Limited Co.», de acuerdo con la CoAct 2006, en el Reino Unido, por su menor coste y mayor flexibilidad de regulación, para operar en los Estados Miembros continentales, como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE, facilitando la movilidad de las sociedades en el mercado interior⁽³⁸⁾.

En Francia, la Ley 2003-721, de 1 de agosto de 2003, *pour l'initiative économique (JO 5 août 2003, rect. 20 septembre)*, en su Título I regula la «Simplificación de la creación de la empresa». De acuerdo con el art. L. 223-2 CCom., en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el capital social es libremente fijado por los estatutos, aunque no puede constituirse sin capital social; por tanto, puede ser 1 euro. El capital social, en dicho tipo social, ha de desembolsarse y puede desembolsarse, al menos, en una quinta parte, si las aportaciones son dinerarias (art. L. 223-7, párrafo 1.º CCom.), y también puede constituirse con capital social variable⁽³⁹⁾.

En Alemania, la Ley de Modificación del Derecho de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y de Represión de los abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG*), de 23 de octubre de 2008, la mayor reforma de la GmbHG desde su promulgación en 1892, introdujo, entre otras importantes reformas⁽⁴⁰⁾, el párrafo (en adelante, diremos artículo) 5-a de la Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana (GmbHG), de 20 de abril de 1892 (la redacción actual de la Ley es la posterior a su modificación por el art. 27-g de la Ley 23.7.2013). El art. 5-a GmbHG regula una variante de la Sociedad Limitada que, entre otras peculiaridades, puede constituirse con 1 euro de

capital social. Su régimen legal es de una gran sofisticación, pero ha constituido un éxito en la práctica.

En Bélgica, la Ley de 12 de enero de 2010 ha introducido en el Code des Sociétés (Ley de 7 de mayo de 1999, en vigor desde el 6 de febrero de 2001), la «*Société Privée à Responsabilité Limitée Starter*», que puede constituirse con 1 euro de capital, frente al capital social mínimo, que es de 18.550 euros. Pero la *Starter* aparece concebida como un «trampolín» para la constitución de una verdadera Sociedad de Responsabilidad Limitada, ya que, dentro de los cinco años desde su constitución, debe aumentar el capital o disolverse⁽⁴¹⁾. Solo pueden constituirla una o varias personas físicas, sin que ningún fundador pueda suscribir más del 5 % del capital, ni pueda ser fundador de más de una *Starter*, bajo sanción de responsabilidad ilimitada y solidaria por las deudas sociales. Solo dos personas físicas pueden ser designadas administradores, aunque no es necesario que sean socios. En tanto sea *Starter*, está prohibida la cesión de sus participaciones (para evitar abusos y simulaciones). Un experto profesional debe redactar un plan financiero que cumpla los requisitos fijados por Decreto (**lo que deberá comprobar el Notario al autorizar la constitución de la sociedad**).

En cuanto a su organización financiera, al menos una cuarta parte del beneficio anual se destinará a la reserva legal hasta alcanzar el importe de la diferencia con el capital mínimo de 18.550 euros y el suscrito en la *Starter*. No pueden reducir capital y no se les aplica la obligación de disolución por pérdida de capital. Se aplica, además, la responsabilidad de los administradores en caso de insuficiencia manifiesta de capital (responsabilidad por infracapitalización), si la sociedad quiebra dentro de los tres años siguientes a su constitución, considerando créditos subordinados los derivados de los préstamos realizados por los socios a la sociedad. Además, transcurridos tres años desde su constitución, responden todos los socios (no solo los fundadores) por la diferencia entre el capital social mínimo y el suscrito de la *Starter* (¡como si el capital ya hubiese sido aumentado!). Pueden abandonar el estatuto jurídico de *Starter* por el de SRL normal, sin necesidad de transformación y obligatoriamente, a los cinco años (en que tiene que aumentarse el capital para alcanzar el mínimo legal). A pesar

de su régimen tan riguroso, en los primeros seis meses de vigencia de la reforma legal se habían constituido ya seiscientos sociedades *Starter*.

En **Italia**, la Sociedad de Responsabilidad Limitada con capital social inferior al mínimo legal ha sido objeto de frenética legislación, modificando el Codice Civile. El Decreto Lavoro, de 28 de junio de 2013, n.º 76, convertido, con modificaciones por el art. 1.1 de la Ley de 9 de agosto de 2013, n.º 99, en su art. 15 ter, añade un tercer párrafo al art. 2463 CC italiano, que dispone que el importe del capital social puede ser inferior a 10.000 euros, e igual al menos a 1 euro. Las aportaciones deben hacerse en dinero y con desembolso íntegro. La cantidad a deducir de los beneficios netos resultantes del balance regularmente aprobado para formar la reserva del art. 2430 CC italiano debe ser al menos la quinta parte hasta que la reserva alcance, unida al capital social, el importe de 10.000 euros. La reserva solo puede ser utilizada para aumentar capital y cubrir pérdidas. Debe ser reintegrada sobre la base del presente apartado, si por cualquier razón quedase disminuida.

Con esta reforma, en Italia quedan reguladas: a) una SRL ordinaria, que puede o no tener un capital por encima o por debajo de los 10.000 euros; b) una SRL simplificada, constituida solo por personas físicas, de cualquier edad, que deben someterse al modelo estándar imperativo aprobado reglamentariamente (era la antes llamada SRL de Capital Reducido (se había regulado un «subtipo» para personas físicas de más de treinta y cinco años y, solo seis meses después, otro para personas físicas de menos de treinta y cinco años)⁽⁴²⁾.

3.1.2. En especial, la *Unternehmergeellschaft* (UG) alemana

El art. 5-a GmbHG regula la *Unternehmergeellschaft* (Sociedad de Empresario), o UG, una «variante» de la GmbH cuya característica esencial es que se puede constituir con un capital inferior al mínimo legal de 25.000 euros, con su desembolso íntegro y con aportaciones dinerarias. El art. 5.a.5. GmbHG reconoce que, en cuanto la sociedad alcanza o sobrepasa el capital social mínimo, ya no se aplican los apartados 1 a 4 del artículo (sus especialidades), de modo que

se convierte automáticamente en una GmbH normal (o *Voll-GmbH*), sin que sea necesaria su «transformación»⁽⁴³⁾.

La UG tiene que incluir en su denominación, en lugar de la expresión normal de «*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*» (Sociedad de Responsabilidad Limitada), la de «*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*» o «*UG (haftungsbeschränkt)*» —Sociedad de Empresario (con Responsabilidad Limitada). Esta denominación (que se mantuvo frente a otras sugeridas, en un largo debate) **pretende llamar la atención de los acreedores, y por eso se debe mantener aun después de que la sociedad alcance el capital social de 25.000 euros**. La UG solo puede inscribirse cuando el capital social fijado (**que puede ser de 1 euro**) quede íntegramente desembolsado, y solo admite aportaciones dinerarias. Por eso la SBGH de 11 de abril de 2011 (ZIP 2011, 1054) declaró que no puede constituirse una UG por escisión, porque exigiría la aplicación de normas sobre aportaciones no dinerarias. A diferencia de lo previsto en el art. 7.2 de la Ley, que admite el desembolso parcial con un mínimo del 25 % en aportaciones dinerarias (y si hay aportaciones no dinerarias, con un mínimo del 50 %). De este modo, se reconoce que el capital social ha perdido la función histórica de constituir un fondo de garantía para los acreedores, que en la GmbHG de 1892 era de 20.000 Goldmark, que hoy equivaldrían a 200.000 euros⁽⁴⁴⁾.

Frente al objetivo de pura simplificación del sistema de estatutos tipo (*Musterprotokoll*), también introducido por la MOMiG, **la UG pretende ser una forma internacionalmente competitiva ante el éxito de la «Private Limited Co.» de la CoAct 2006** (desde 2005 se habían constituido veintisiete mil «Limited Co.» en el Reino Unido, con centro de administración en Alemania). La UG tuvo un éxito inmediato, con veintidós mil constituciones hasta el 31 de diciembre de 2009.

En el balance ha de incluirse una reserva legal a la que ha de destinarse una cuarta parte del beneficio del ejercicio disminuido en la pérdida estimada del año anterior. La reserva solo puede destinarse: a) a los fines del art. 57.c GmbHG (aumento de capital con recursos propios); b) a la cobertura de la pérdida del ejercicio en curso, en la medida en que no quede cubierta con el beneficio del ejercicio anterior, y c) a la cobertura de

la pérdida del ejercicio anterior, en tanto no sea cubierta por el beneficio del ejercicio. No existe la obligación de convertir la reserva legal en capital para convertirse en GmbH normal, ni un límite temporal a esta situación (a diferencia de lo que establece el Code des Sociétés belga).

El art. 5.a.5. GmbHG reconoce que en cuanto la sociedad alcanza o sobrepasa el capital social mínimo, ya no se aplican los apartados 1 a 4 del artículo (sus especialidades), de modo que se convierte automáticamente en una GmbH normal (o *Voll-GmbH*), sin que sea necesaria su «transformación»

A diferencia del art. 49.3 GmbHG, que exige convocar junta general inmediatamente si del balance se desprende que se ha perdido la mitad del capital social (o sea, que el patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social), en la UG la junta de socios tiene que ser convocada inmediatamente ante el peligro de insolvencia del art. 18 InsO (ya que sería ridículo aplicar aquella norma en una sociedad con un capital de 1 euro, o de 100 euros; de modo que la norma viene a aplicar el *insolvency test* anglosajón).

4. El régimen de la SLFS española

Según el actual art. 4 LSC (en su redacción introducida por la LAEI), la SRL se podrá constituir **con un capital social inferior al mínimo legal de 3.000 euros**. La norma no modifica el régimen de la denominación social, limitándose el art. 23.d LSC, en su nueva redacción por el art. 12 LAEI, a exigir que los estatutos sociales contengan una expresa declaración de sujeción de la sociedad al régimen de fundación sucesiva⁽⁴⁵⁾. Tampoco modifica el sistema de capital social, pero **permite constituir la sociedad con un capital inferior al mínimo legal (que podría ser simbólico: por ejemplo, 1 euro), con tal de que se cumplan los requisitos que establece: aportaciones dinerarias y responsabilidad de los socios por el desembolso del capital social mínimo legal**. De este modo, no se modifica la norma del art. 86.1.g LSC, que declara causa de nuli-

dad de la sociedad de capital inscrita el no haberse desembolsado íntegramente el capital social. La LAEI no ha dado el paso de suprimir la obligación de mencionar la cifra de capital social, o de fijarlo en 1 euro. **A diferencia de las leyes alemana y belga, no exige una denominación especial** (el art. 5-a GmbHG impone la de «*UnternehmerGesellschaft*», o UG, y el Code des Sociétés belga, la denominación de «*Société Starter*»), **ni un régimen distinto de desembolso mínimo, por lo que no parece necesario decir que la LAEI regula un nuevo «subtipo de SRL», la SLFS, que sirve de rúbrica al art. 12 de la LAEI, rúbrica que desaparece en el texto del art. 4 LSC, aun siendo de nueva redacción** (ya tenemos un exceso de tipos y subtipos sociales). Por supuesto, no es necesaria ni posible la transformación de SLFS en SRL normal, siguiendo los arts. 3 a 21 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ahora bien, en tanto no alcance el capital legal mínimo de 3.000 euros (por aumento de capital con recursos propios o con nuevas aportaciones), la SRL, según el art. 4 bis LSC, **«estará sujeta al régimen de formación sucesiva, de acuerdo con las siguientes reglas»**: a) deberá destinar a la **reserva legal al menos el 20 % del beneficio de ejercicio, sin límite de cuantía** (a diferencia del régimen común de la reserva legal, art. 274.1 LSC: 10 % del beneficio hasta que la reserva legal alcance el 20 % del capital social); b) además, una vez cubiertas las atenciones legales y estatutarias, solo podrán repartirse dividendos si el valor del patrimonio neto no es, o no resulta ser a consecuencia del reparto, inferior al 60 % del capital legal mínimo (o sea, 1.800 euros), es decir, se exceptúa la aplicación del art. 273.2 LSC, que expresa el principio de integridad del capital para permitir que la sociedad continúe funcionando sin cumplir los principios de capital social y, además, sin un plazo límite (a diferencia de la Ley de Sociedades belga); c) «*la suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios* [no dice por qué título jurídico, aunque debe referirse a arrendamiento de servicios] **y administradores por el desempeño de los cargos durante esos ejercicios no podrá exceder del 20 % del patrimonio neto del correspondiente ejercicio**» y, además, «*sin perjuicio de la retribución que les pueda corresponder como trabajador(es) por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la*



propia sociedad concierte con dichos socios y administradores».

El legislador se conforma con el sistema de responsabilidad legal solidaria de socios y administradores, que establece en protección del capital social mínimo legal: a) responsabilidad solidaria de los socios y administradores por el desembolso del capital mínimo legal para atender el pago de las obligaciones sociales (art. 4 bis.2 LSC), y b) responsabilidad solidaria de los socios fundadores y posteriores («*quienes adquieran alguna de las participaciones asumidas en la constitución*»), frente a la sociedad y los acreedores, de la realidad de las aportaciones dinerarias, aunque no es necesario acreditar su desembolso (art. 4 bis.3 LSC)⁽⁴⁶⁾.

A diferencia de las leyes alemana y belga, no exige una denominación especial ni un régimen distinto de desembolso mínimo, por lo que no parece necesario decir que la LAEI regula un nuevo «subtipo de SRL»

En el régimen normal, las aportaciones dinerarias se acreditan por «*la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, que el Notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquel lo constituya a nombre de ella*» (art. 62.1 LSC). En el caso de la SLFS, para acreditar las aportaciones dinerarias, bastará con que el socio declare (como vemos, bajo su responsabilidad) haber hecho la aportación dineraria a la caja social.

Así pues, con la SLFS, en principio, el emprendedor puede desarrollar una actividad económica, cualquiera que sea su volumen, con un capital social (o aportaciones) de cuantía ínfima, incluso de 1 euro. La LAEI sustituye el efectivo desembolso del capital social mínimo legal por la responsabilidad solidaria de socios y administradores, pero no se plantea para nada el problema de la responsabilidad de los socios (y, en su caso, de los administradores) por infracapitalización material (capital propio inferior al exigido por el riesgo empresarial asumido) ni por infracapitalización nominal (cuando los socios aportan los fondos que

necesita la sociedad en concepto de préstamo y no de capital). En la infracapitalización nominal, en caso de declaración de la sociedad en concurso, el art. 93.2 LC resuelve generalmente el problema al declarar personas especialmente relacionadas con la sociedad a los socios (en este caso, de la SRL) que sean titulares de un 10 % del capital social, calificando sus créditos contra la sociedad como créditos subordinados. Ahora bien, no cabe duda que la autorización por los legisladores continentales de sociedades con 1 euro de capital refuerza la convicción de que el capital social no sirve para nada, sino que lo relevante es el patrimonio neto (invocado por el art. 4 bis.1.b y c LSC, antes citados) y la transparencia contable de la sociedad. Paralelamente, la regulación de la sociedad de 1 euro (o SLFS) debilita el deber institucional de los socios y administradores de procurar que la cantidad de fondos propios de la sociedad sea la razonablemente adecuada para afrontar los riesgos de la actividad que emprende, que parece exigirse sobre la base de la buena fe y el sentido propio del privilegio de la limitación de responsabilidad en el ejercicio de la actividad empresarial⁽⁴⁷⁾.

IV. LOS «APODERAMIENTOS ELECTRÓNICOS» ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El art. 41 LAIE establece que «*los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada, podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda*»⁽⁴⁸⁾. Correctamente, apartándose de su rúbrica, el texto de la norma no habla de «*apoderamiento electrónico*».

El art. 41 LAEI figura en el Título IV, «Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales», Capítulo I, «**Simplificación de las cargas administrativas**», y, por consiguiente, **debe ser interpretado sistemáticamente limitando su alcance a las relaciones verticales entre las empresas y las Administraciones Públicas, incluidos los registros administrativos, excluyendo las relaciones de Derecho Privado, horizontales o inter privados,**

que siguen reguladas por el Código Civil y el de Comercio.

La norma estaba prevista ya en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo en relación con el Capítulo I del Título IV, que, dice la Memoria, «*prevé una serie de medidas en diversos ámbitos que eliminan cargas administrativas desproporcionadas e innecesarias*» (pág. 35) y que incluye en un párrafo, sin comentario, la norma del Anteproyecto, que sería el definitivo art. 41 LAEI (pág. 37).

El art. 41 LAEI es una norma extraña por su generalidad (no referida solo a los «emprendedores») y por su ambigüedad, porque o es una mera generalización para los apoderamientos en las relaciones con la Administración Pública o constituye un ataque frontal contra la seguridad jurídica y las normas vigentes sobre exigencia de poder en documento público (aunque, en su caso, en sustrato electrónico).

Suscribo las críticas de los notarios contra el art. 41 LAEI, pero solo las que se muestran favorables a una interpretación de conformidad con la Constitución y la legislación vigente⁽⁴⁹⁾.

El art. 41 LAEI, por su emplazamiento sistemático, no puede pretender sustituir la intervención del fedatario público por la «*declaración solipsista*» (que no «*unilateral*», como lo es todo apoderamiento, sin perjuicio de que se superponga a contratos bilaterales o plurilaterales: mandato, sociedad), con plenos efectos frente a terceros («*en perjuicio de terceros*», dice el art. 1280.5.º CC) e inscribible en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, sino que se limita a las relaciones con la Administración Pública y los registros administrativos⁽⁵⁰⁾.

En cambio, **hay opiniones más pesimistas** que ven en el art. 41 LAEI una intriga que viene de lejos (ya incluida en el Anteproyecto de Ley y no fruto de una enmienda inesperada, como alguien ha afirmado). No creo que sea esta la interpretación fiel de la voluntad del legislador ni de la norma⁽⁵¹⁾.

La disposición final novena, «Título competencial» (ya prevista en la Memoria), **no aclara la naturaleza de esta norma.** Establece que «*esta Ley se dicta con carácter general, al amparo del art. 149.1.6.º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre "legislación*

mercantil», a excepción de los títulos, capítulos o artículos o parte de los mismos que se relacionan a continuación», sin exceptuar después el art. 41 LAEI ni el Capítulo I del Título IV. **La disposición crea un riesgo de confusión**, pero no parece que las normas contenidas en este capítulo, denominadas «administrativas» en la Memoria y que regulan relaciones verticales Administración-administrado, sean «legislación mercantil»⁽⁵²⁾.

Suscribo las críticas de los notarios contra el artículo 41 LAEI, pero solo las que se muestran favorables a una interpretación de conformidad con la Constitución y la legislación vigente

Tanto el art. 40 LAEI como el art. 41 LAEI fomentan la comunicación por medios electrónicos con la Administración Pública. El primero, con el libro de visitas electrónico de cada centro de trabajo; el segundo, con la posibilidad de comunicar los apoderamientos otorgados por los «administradores y apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada» mediante «documento electrónico».

Dejando aparte el casuismo restrictivo de los sujetos a quienes favorece esta norma, cuando debería ser una norma general, al menos, para todas las «empresas» (sociedades civiles, cooperativas, fundaciones, etc.), **esta norma se refiere al concepto jurídico de apoderamiento**, en el que, como es sabido, surgen dos relaciones: a) una, entre el poderdante y el apoderado, que es una relación jurídica horizontal, *inter privatos*, necesariamente sujeta al Derecho Privado y, por tanto, a los requisitos legales del otorgamiento de los poderes (en su caso, el documento público, autorizado por una persona investida de la fe pública), y b) otra, la relación con los terceros con quienes el apoderado ha de contratar o realizar actos jurídicos en nombre e interés del poderdante, que pueden ser otros sujetos privados o la Administración Pública. En este caso, el tercero es necesariamente la Administración Pública. La norma no pretende generalizar un derecho de los poderdantes de comunicar el poder a los terceros mediante documento elec-

trónico, infringiendo el criterio de prudente política legislativa de fomento (y no imposición) en el uso de las TIC en las relaciones privadas⁽⁵³⁾.

Debe excluirse, por tanto, que la norma permita el otorgamiento de poderes para la contratación privada mediante la simple remisión de un documento electrónico, con la firma electrónica reconocida del poderdante y sin intervención de Notario u otro fedatario público⁽⁵⁴⁾.

El art. 41 LAEI constituye un desarrollo de normas administrativas ya existentes. El art. 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual «las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias»; el art. 96.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, y, en especial, su art. 46, sobre representación frente a la Administración Tributaria de los obligados tributarios, desarrollado por el Real Decreto 1067/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, cuyo art. 111.2 entiende otorgada representación, además de por otros medios (como documento público o documento privado con firma legitimada notarialmente, y otros), «cuando la representación conste en documento emitido por medios electrónicos, informáticos o telemáticos con las garantías y requisitos que se establezcan por la Administración Tributaria». La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en su art. 14, establece que «las personas físicas podrán, en todo caso y con carácter universal, utilizar los sistemas de firma electrónica incorporados al DNI», y en el art. 15 refiere otros sistemas de firma electrónica avanzada. En desarrollo de esta Ley, la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, regula el Registro Electrónico de Apoderamientos, en el que se inscribe «la representación que los ciudadanos otorgan a terceros para actuar en su nombre de forma electrónica ante la Administración General del Estado» (art. 1.2), y la Orden ESS/486/2013, de 26 de marzo, crea y regula el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Seguridad Social.

En suma, el art. 41 LAEI viene a reafirmar con carácter general la posibilidad de otorgar apoderamientos eficaces frente a cualquiera de las Administraciones Públicas y sus respectivos registros administrativos.

Por el contrario, el art. 41 LAEI no puede referirse al Registro Mercantil, ni al Registro de la Propiedad, ni al Registro de Bienes Muebles. Por referirnos solo al primero (por la posible pretensión, en relación con el mismo, de que el art. 41 LAEI constituyera «legislación mercantil»), el art. 18.1 CCom. y el art. 5 RRM establecen que la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público, salvo casos expresamente previstos por las leyes y por el propio RRM. El art. 95.1 RRM, en relación con el art. 94.5 RRM, exige siempre escritura pública para inscribir los poderes, su modificación, revocación y sustitución. Para entender derogados estos preceptos, el art. 41 LAEI debería ser más claro, estableciendo expresamente (en concreto) que el documento electrónico de poder sin intervención de fedatario público se inscribirá en el Registro Mercantil, en el de la Propiedad y en el de Bienes Muebles.

Debe excluirse, por tanto, que la norma permita el otorgamiento de poderes para la contratación privada mediante la simple remisión de un documento electrónico, con la firma electrónica reconocida del poderdante y sin intervención de Notario u otro fedatario público

El art. 1.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, establece que sus disposiciones «no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otras consten», y concibe el documento electrónico como un puro soporte de documentos que pueden ser públicos o privados. Es el principio de «neutralidad tecnológica», según el cual la firma electrónica no modifica la naturaleza del documento. Su art. 3.6 recoge la clásica clasificación tripartita de los documentos en públicos (autorizados por fedatario público), oficiales (expedidos por funcionarios



o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas) y **privados**. Y el art. 3.7 añade que «*los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable*». Los apoderamientos a que se refiere el art. 41 LAEI, si no están revestidos de la fe pública, son documentos privados y, por tanto, solo pueden inscribirse en los registros administrativos (ahora en todos ellos sin distinción, y no solo en los de la Administración Tributaria y de la Seguridad Social).

El uso de la firma electrónica solo acredita que el documento ha sido encriptado mediante el uso de una determinada tarjeta de firma electrónica, pero no puede acreditar que procede de la persona a cuyo favor se emitió el certificado, ni su capacidad, ni su legitimación

La manifestación del apoderamiento a terceros puede hacerse: a) por manifestación verbal («*mandatario verbal*»); b) por escrito, sea en documento privado (como en la representación en junta general) o público, especialmente en escritura notarial de poder (y en ambos casos pueden ser «*electrónicos*»); c) por la publicidad del Registro Mercantil, y d) por publicidad de hecho, apariencia o notoriedad, derivada del tráfico real (por ejemplo, arts. 286 y 294 CCom.), que no haya sido desvirtuada, de manera efectiva, por la publicidad legal, sea registral o de otra naturaleza⁽⁵⁵⁾.

Por el contrario, **el apoderamiento no autorizado por fedatario público no puede acceder al Registro Mercantil, ni al de la Propiedad, ni al de Bienes Muebles**, porque estos exigen título público y el Registrador Mercantil, según el art. 18.2 CCom. y el art. 6 RRM, tiene que calificar no solo la legalidad de las formas extrínsecas del documento, sino también la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, **por lo que resulte de ellos** y de los asientos del Registro. Y es evidente que **el uso de la firma electrónica solo acredita que el documento ha sido encriptado mediante el uso de una determinada tarjeta de firma electrónica, pero no puede acreditar que**

procede de la persona a cuyo favor se emitió el certificado, ni su capacidad, ni su legitimación, ya que, aunque el juicio de suficiencia del Notario se base en documentos, los juicios de identidad y de capacidad solo pueden emitirse en presencia de la persona, y esto solo corresponde, conforme a nuestras leyes, al Notario delante del cual se presta el consentimiento. A nadie se le escapa que una tarjeta o un PIN pueden ser utilizados por persona distinta a su titular, sea de buena o mala fe, y podrían hacerlo aun después de la revocación del poder, o incluso después de la muerte del titular.

El art. 1280.5.º CC establece, por ello, que **debe constar en documento público** «el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio, **el poder para administrar bienes** y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, **o haya de perjudicar a tercero**»⁽⁵⁶⁾.

En el caso de que se llegase a inscribir en el Registro Mercantil un documento privado en soporte electrónico, la inscripción no modificaría su naturaleza jurídica y no convalidaría el apoderamiento nulo (en tanto que carente de efectos frente a terceros); la certificación registral de su inscripción no podría suplir la ausencia de documento público exigido por el art. 1280.5.º CC, y dicha certificación no podría producir los efectos de protección de la confianza en la apariencia que el art. 1733 CC otorga al poder notarial. **La mera firma electrónica certificada no produce las presunciones legales de autoría** (que quien ha firmado es el titular de la firma), **veracidad** (que el negocio de apoderamiento ha sido querido por el poderdante) **e integridad del documento** (que no ha habido reticencia, cláusulas secretas u ocultas). Estas presunciones legales solo tienen como *ratio legis* la presencia del Notario y su asistencia para generar una declaración de voluntad informada y legalmente asesorada. Por supuesto, ningún Notario deberá autorizar un documento sobre la base de poderes no otorgados en escritura pública, ya que solo así el negocio jurídico celebrado podrá «*perjudicar a terceros*», entendiéndose *ser oponible a terceros* (art. 1280.5.º CC).

Solo la Administración Pública puede resultar afectada por una norma como el art. 41 LAEI, asumiendo con ella el pro-

pio Estado el riesgo de actuaciones representativas ilegítimas o fraudulentas, quizás porque dispone de medios suficientes (preventivos, en los procedimientos, y represivos, en las sanciones) para proteger sus intereses contra los defraudadores.

V. MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DEL INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRENDEDORA

El Capítulo IV de la LAEI establece nuevas normas administrativas para fomentar el inicio de la actividad emprendedora. Los **puntos de atención al emprendedor (PAE)**, que sustituyen a los PAIT, como hemos dicho antes, son oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, **incluidas las notarías**, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes, prestando servicios de información, tramitación de documentación, asesoramiento, formación y apoyo a la financiación empresarial, utilizando el sistema de tramitación telemática del CIRCE (art. 13 LAEI), en especial, la inscripción de los ERL (art. 14 LAEI), extendiendo a ellos las normas ya extendidas en su día de la SRL a todas las sociedades de capital (disposición adicional tercera de la LSC).

Se prevén **dos sistemas de constitución de SRL**: a) mediante escritura pública con estatutos tipo, o b) sin estatutos tipo (art. 16 LAEI), al igual que el inicio y actividad de «**empresarios individuales**» (la LAEI aquí no dice **emprendedores**) y **sociedades** (art. 17 LAEI)⁽⁵⁷⁾. En ambos casos, mediante **documento único electrónico (DUE)**, nuevamente regulado por la disposición adicional tercera de la LSC, en la redacción que introduce la disposición final sexta de la LAEI.

Los libros obligatorios de los empresarios (contables y corporativos) se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil (art. 18 LAEI). En sus relaciones con las Administraciones Públicas, los emprendedores deberán identificar su actividad por referencia al código de actividad económica que mejor la describa y con el desglose que sea suficiente de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) (art. 20).

Se trata de una regulación prolija y detallada que quizás debería haber tenido rango reglamentario, al igual que la rela-

tiva a la organización de los registros (art. 19 LAEI).

VI. LAS MODIFICACIONES EN EL DERECHO CONCURSAL

1. El acuerdo extrajudicial de pagos

El Capítulo V de la LAEI introduce una nueva reforma en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, al parecer, sin el debido debate. En primer lugar, regula por primera vez en España el **acuerdo extrajudicial de pagos**, modificando varios artículos de la LC y añadiéndole un Título X dedicado a dicho acuerdo (arts. 231 a 242 y disposiciones adicionales 7.ª y 8.ª LC)⁽⁵⁸⁾.

El acuerdo extrajudicial de pagos es una solución alternativa al acuerdo de refinanciación, ya regulado antes en la LC y modificado en parte por la LAEI (art. 5 bis LC, régimen y efectos de la comunicación de negociaciones; art. 71.6, que lo exceptúa de la rescisión concursal, y disposición adicional cuarta, sobre su homologación judicial), ya que quien esté negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación no puede acceder al mismo tiempo al acuerdo extrajudicial de pagos, y lo mismo ocurre si ya ha sido admitida su solicitud de concurso (art. 231.4 LC).

La LAEI introduce en este procedimiento la nueva figura del mediador concursal, que es designado por el Registrador Mercantil, si el deudor es inscribible en el Registro Mercantil, o por Notario, en otro caso

A diferencia del acuerdo de refinanciación (que pueden celebrar todos los deudores con sus acreedores), solo pueden instar el acuerdo extrajudicial de pagos los **empresarios personas naturales**: a) cuando se encuentren en estado de insolvencia o prevean que no podrán cumplir regularmente con sus obligaciones, y b) cuando justifiquen con su balance que **su pasivo no supera los 5 millones de euros**. Deberán solicitar el nombramiento de un **mediador concursal** al Registrador Mercantil, si son sujetos inscribibles, o, en otro caso, al Notario de su domicilio, de entre la lista de

mediadores e instituciones de mediación del Ministerio de Justicia (arts. 232 y 233 LC).

Pero también pueden solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos las personas jurídicas (¡«sean o no sociedades de capital»!) que se encuentren en estado de insolvencia (no cuando simplemente lo prevean, a diferencia de las personas físicas) y cumplan los requisitos siguientes: que su concurso no revestiría especial complejidad, dispongan de activos líquidos suficientes para pagar los gastos propios del acuerdo y su patrimonio e ingresos previsibles permitan alcanzar con posibilidades de éxito el acuerdo (art. 231.2 LC).

Los apartados 3, 4 y 5 del art. 231 LC **excluyen a las personas que se hallen en una serie de situaciones bastante heterogéneas**: condena en firme por algunos delitos, sujetos obligados a inscribirse en el Registro Mercantil no inscritos (aplicable a sociedades mercantiles y a otras entidades jurídicas enumeradas en el art. 16.1 CCom. y al naviero), o que en los tres últimos ejercicios no llevaran contabilidad o no depositaran las cuentas (o hubieran alcanzado un acuerdo judicial con los acreedores, obtenido homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o declaradas en concurso). Además, también impiden acogerse a dicho acuerdo extrajudicial de pagos cuando alguno de los acreedores que debieran verse vinculados por el acuerdo hubiera sido declarado en concurso (art. 231.5 LC).

En cuanto a los límites de contenido del acuerdo: a) los créditos de Derecho Público no pueden verse afectados; b) los créditos con garantía real solo pueden incorporarse y verse afectados si así lo deciden sus titulares mediante comunicación expresa, y c) no pueden acudir a este procedimiento las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.6 LC).

La LAEI introduce en este procedimiento la nueva figura del **mediador concursal**, que es designado por el Registrador Mercantil, si el deudor es inscribible en el Registro Mercantil, o por Notario, en otro caso, fijándose su remuneración como a los administradores concursales, pero en el arreglo extrajudicial, lo que supone una apuesta por la desjudicialización, optando por la figura de la mediación (regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio). **En el caso de que se frustrase el acuerdo extrajudicial de pagos, desembocando en el llamado concurso consecutivo, el mediador, «salvo**

justa causa», será designado por el Juez administrador concursal⁽⁵⁹⁾.

El mediador concursal, en el plazo de diez días desde su aceptación del cargo, convocará a los acreedores por conducto notarial. El deudor podrá continuar su actividad, pero sin solicitar la concesión de préstamos o créditos (es decir, sin contratarlos), devolviendo las tarjetas de crédito y absteniéndose de «utilizar medio electrónico alguno de pago» (normas claramente disuasorias, que carecen de sentido, en este caso), y los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor, ni podrá este ser declarado en concurso, salvo en las circunstancias del art. 5 bis LC (arts. 234 y 235 LC).

El Título I, Capítulo V, art. 21, apartado 4, de la LAEI introduce una nueva redacción del párrafo 2.º del apartado 1 del art. 76 LC, estableciendo un nuevo régimen de nombramiento de los expertos, a cargo del Registrador Mercantil

El mediador concursal enviará a los acreedores un «**plan de pagos**» (que se diferencia del «plan de viabilidad» del acuerdo de refinanciación, aunque la Ley no precisa en qué aspectos), el cual deberá **ser aprobado por al menos el 60 % del pasivo**. Si el plan de pagos consiste en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 75 % del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. La mayoría exigida con carácter general (60 % del pasivo) aparentemente coincide con los «tres quintos del pasivo» para el acuerdo de refinanciación (art. 71.6.1.º LC). Sin embargo, el art. 238.1 LC añade que «en ambos supuestos (aplicación del 60 % y del 75 % del pasivo), **para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y los acreedores del mismo**».

Si el plan fuera aceptado por los acreedores, será elevado a escritura pública, que cerrará el expediente abierto por el Notario; en caso de haber sido abierto por el Registrador Mercantil, se presentará copia de la escritura



pública para que el Registrador pueda cerrar el expediente. El Notario o el Registrador comunicarán el cierre del expediente al Juzgado que hubiera de tramitar el concurso y a los registros públicos competentes para la cancelación de las notas practicadas. Se publicará la existencia del acuerdo en el BOE y en el Registro Público Concursal, del que existe ya un Proyecto de Real Decreto (art. 238 LC), y cabrá su impugnación en los diez días siguientes, quedando aplazados o remitidos los créditos según lo pactado (art. 239 LC).

El mediador concursal supervisará el cumplimiento del plan de pagos y, en caso de imposibilidad de alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 238.3 LC), o en caso de su incumplimiento, el Juez podrá declarar el «**concurso consecutivo**» a petición del mediador concursal, del deudor o de los acreedores (arts. 236 a 242 LC), con la única solución de la liquidación concursal y con pieza de calificación (lo que supone una nueva amenaza para que el deudor intente con todos sus esfuerzos alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos). En el caso de **deudor concursado persona natural**, si el concurso consecutivo es declarado fortuito, el art. 242.2.5 LC permite la **remisión del pasivo insatisfecho**, con excepción de las deudas de Derecho Público y siempre que sean satisfechos en su totalidad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

2. Reforma en el régimen de los acuerdos de refinanciación

El régimen de los acuerdos de financiación figura en el art. 71.6 LC y en la disposición adicional cuarta de la LC. El art. 71.6 LC regula los requisitos de los acuerdos de refinanciación para que puedan quedar exentos de rescisión concursal (entre ellos, que hayan sido suscritos por tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación, según su párrafo 1.º), mientras que la disposición adicional cuarta exige que, además de este requisito (y de los demás del art. 71.6 LC), haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 % del pasivo de titularidad de entidades financieras, como requisito para su homologación judicial, que permite imponer los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo han suscrito a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

El Título I, Capítulo V, art. 21, apartado 4, de la LAEI introduce una nueva redacción del párrafo 2.º del apartado 1 del art. 76 LC, **estableciendo un nuevo régimen de nombramiento de los expertos, a cargo del Registrador Mercantil** del domicilio del deudor, pudiendo designar un solo experto, si el acuerdo afecta a varias sociedades de un mismo grupo. Los expertos tienen que emitir un informe que contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad en las condiciones definidas en el párrafo 1.º del art. 71.6 LC y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Añade la norma que, cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. Naturalmente, la responsabilidad que asumen los expertos es muy grande, pero la LC sigue sin regularla⁽⁶⁰⁾.

3. La remisión concursal de deudas

3.1. La larga marcha de la remisión concursal de deudas

La recepción en la LAEI de la remisión concursal de deudas (o *debts discharge*) es una buena noticia. Antes de la LAEI, ni siquiera se preveía en caso de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor: arts. 178.3 y 179.1 LC. La durísima crisis económica, a partir de 2008, había dado ocasión a solicitar su incorporación a la LC, lo que hubiera protegido a muchas familias arruinadas, pero **solo la gravísima situación de descrédito del Estado español, por su dureza contra las familias modestas desafortunadas aplicando viejas leyes, ha determinado (junto con otras medidas) esta incorporación (que, además, se hace con recortes)**⁽⁶¹⁾.

Por fidelidad histórica, en España, siguiendo la tradición de la inspiración humanizadora del concurso de acreedores de SALGADO DE SOMOZA (siglo XVII), **la LC debería haber incorporado esta institución a favor de todo deudor persona física infortunado**, teniendo en cuenta, **además de esta consideración moral, factores económicos evidentes**, como la necesidad de fomento de nuestra vocación emprendedora (*leitmotiv* de la LAEI) y el peligro de la

excesiva expansión del crédito al pequeño empresario y al consumidor, incluido el crédito hipotecario, con los sucesivos aumentos de los intereses bancarios (y con sesenta millones de tarjetas de crédito, tantas como en Alemania o en Francia).

La remisión concursal de deudas es una institución acogida en casi todos los países europeos y, en concreto, en diecinueve de los veintisiete Estados Miembros de la Unión Europea, mientras que en otros estados hay iniciativas legislativas al respecto

En EE. UU., sobre la base del art. I, Sección 8, de la Constitución, el Congreso aprobó el Bankruptcy Code en 1978 (sustituyendo a la Bankruptcy Act anterior), incluido como Título 11 del United States Code, que ha sido modificado varias veces. La finalidad de la *debts discharge* es dar a los deudores quebrados un *fresh start* financiero para emprender nuevos negocios. Como declaró la Corte Suprema en 1934, «*it gives to the honest but unfortunate debtor [...] new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of pre-existing debt*» — *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 US 234, 244 (1934).

Un proyecto de ley del gobierno de George Bush, imbuido de neoliberalismo, pretendía la supresión de esta institución, en defensa de la banca y de otras empresas que conceden crédito, en medio de una gran controversia sobre las causas fundamentales de las numerosas insolvencias de las personas físicas (unos decían que son las deudas de juego; otros, las enfermedades y sus secuelas, en un país sin casi Seguridad Social). Por fin, la histórica Bankruptcy Abuse Prevention, Consumer Protection Act, de abril de 2005, conserva la institución, pero con una regulación muy restrictiva para los intereses de los deudores (Capítulo 7 del Bankruptcy Code, «*Debts discharge*», en caso de liquidación, y solución alternativa a la «*Reorganization*», regulada en el Capítulo 11). Pero solo podrán pedir quiebra voluntaria remisoria de deudas quienes tengan ingresos inferiores a los ingresos medios o *per capita* del correspondiente Estado, previo asesoramiento crediticio, con una extensa lista de deudas exceptuadas⁽⁶²⁾, y no podrán repetir dicha solicitud en ocho años.

Además, las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán informar al consumidor sobre su límite razonable de endeudamiento⁽⁶³⁾. El Juez puede denegar la *discharge* del Capítulo 7 ('liquidación') por una serie de razones que enumera la Sección 727(a) BC. También puede revocarla por diversas circunstancias (si hubo fraude, etc.).

El deudor de EE. UU. puede pagar voluntariamente una deuda objeto de *discharge*, aunque ya no esté obligado a hacerlo (por ejemplo, si el acreedor es un familiar, o su médico). Por otro lado, el acreedor que intente cobrar, incluso judicialmente, contra el beneficiario de la *discharge*, puede ser sancionado por el Tribunal. Las Administraciones Públicas y los empresarios no pueden tratar discriminatoriamente a los deudores por haber hecho *discharge* o por haber pagado voluntariamente alguna deuda después de obtenerla.

La remisión concursal de deudas es una institución acogida en casi todos los países europeos y, en concreto, en diecinueve de los veintisiete Estados Miembros de la Unión Europea, mientras que en otros estados hay iniciativas legislativas al respecto. Hasta la LAEI (según la información de que disponemos), solo quedaban fuera de esta tendencia España, Irlanda, Bulgaria, Chipre y Malta.

Entre los ordenamientos que han ido incorporando la institución, cabe destacar: 1) la precursora **legislación danesa** de 1984; 2) en el **Reino Unido**, el tratamiento de la liberación de deudas en caso de insolvencia de consumidores se inspira en el sistema norteamericano y se regula en la Insolvency Act y en las Insolvency Rules de 1986 (modificada la primera de ellas por la Parte 10 de la Enterprise Act 2002); 3) aunque con mayores restricciones, el sistema también se acoge en **Irlanda** con la Bankruptcy Act de 1988 y con las Bankruptcy Rules and Forms; 4) en **Francia**, la liberación de deudas en caso de insolvencia del consumidor se introdujo en 1989 con la modificación del Code de la Consommation (reformado también en 1998); 5) en **Finlandia**, la cuestión se regula en la Aki yksityishekilön velkajärjestelystä, lag om skuldsanering för privatpersoner 57/1993 (ley relativa al reajuste de deudas de personas físicas), cuya aplicación provocó la interesante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de julio de 2004 (en el famoso caso *Bäck v. Finlandia*); 6) en **Suecia** se recoge en la Skuldsaneringslagen, de 1994, y 7) en **Holanda** se introdujo

ya con la Wet schuldsanering natuurlijke personen, de 1998.

Mención aparte merece **Alemania**, cuya modélica Ley de Insolvencia (Insolvenzordnung), de 5 de octubre de 1994 (que, tras una dilatada elaboración desde 1978, entró en vigor el 1 de enero de 1999), concede la *«remisión de las deudas (Restschuldbefreiung) al deudor persona física honesto que solicita su concurso voluntario siete años después»* de la aprobación del convenio, si el concurso es calificado de fortuito y el deudor cede a sus acreedores sus beneficios embargables en los siete años siguientes (arts. 286-303 Insolvenzordnung). Ahora está en estudio su reforma.

Entre los países europeos que no forman parte de la Unión, en **Noruega**, el sistema de liberación de deudas se regula en la Act Relating to Voluntary and Compulsory Debt Settlement for Private Individuals, de 1992.

Somos uno de los países con una menor tasa de concursos empresariales en el mundo y la LC es una de las más severas para con las personas físicas. El concurso deja a la persona física indefinidamente deudora: «cualquier comienzo de proyecto empresarial, a partir de aquí, arranca con menos de cero»

La legislación de la **Unión Europea** se hace eco de esta situación. La **Propuesta de Modificación del Reglamento de la Unión Europea 1346/2000, relativo a los procedimientos de insolvencia**, presentada por la Comisión Europea el **12 de diciembre de 2012** —COM (2012) 744 final—, en tramitación en el Parlamento Europeo y el Consejo, pretende ampliar el ámbito de procedimientos objeto de aplicación de este Reglamento, a fin de incluir también: a) los procedimientos que promueven el rescate de un deudor viable económicamente, para ayudar a la supervivencia de las empresas sólidas y dar **una segunda oportunidad a los empresarios**, y b) **los procedimientos que prevean una condonación de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos**.

En España, el PP, el PSOE y UPyD **habían prometido en sus programas electorales elaborar una Ley de Insolvencia Personal**, con mecanismos de liberación de las deudas (y con las debidas garantías para evitar los abusos). Ya el 30 de abril de 2003, hace diez años, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de Ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, pero fue rechazada por el Pleno del Congreso⁽⁶⁴⁾. Extraña que la *discharge* no fuera introducida ni siquiera por la Ley 38/2011, que pretendía responder a los problemas de la crisis económica (y social), a pesar de los numerosos casos de inmisericorde ejecución de hipotecas de viviendas, que dejaban a los compradores en la calle y debiendo de por vida gran parte del préstamo⁽⁶⁵⁾. En el debate de la Ley 38/2011 fue rechazada la enmienda n.º 136, presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés (BOCE, Senado, serie I, n.º 110-887, de 13 de septiembre de 2011), en parte seguida por la Proposición de Ley presentada por UPyD⁽⁶⁶⁾. De acuerdo con esta, en tres o cinco años podría producirse una exoneración definitiva del pasivo pendiente en el concurso fortuito y no podría abrirse de nuevo concurso por las deudas afectadas por la exoneración: solo por las posteriores⁽⁶⁷⁾.

Como observan los profesores F. GÓMEZ POMAR y M. CELENTANI⁽⁶⁸⁾, en la reforma de la LC por la Ley 38/2011, *«acaso lo más destacable sea el invitado que nunca acudió: el concurso individual»*. Mientras el Juez, según el art. 178.3 LC, declara la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa, con la extinción de la persona jurídica, por el contrario, en el caso de las personas físicas, *«el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes»* (art. 178.2 LC). Estos autores demuestran que *«el régimen —severísimo en España— en materia de concurso personal afecta a los incentivos a la creación y a la actuación de las pequeñas —y no tan pequeñas— empresas»*. **Somos uno de los países con una menor tasa de concursos empresariales en el mundo y la LC es una de las más severas para con las personas físicas** (en 2009 solo hubo 1.002 concursos individuales, frente a los 131.583 en Inglaterra y Gales; un 0,34 % por cada 10.000 habitantes, frente a un 31,1 %). También es baja la tasa de concursos en Portugal, Italia y Grecia, siendo



España donde menos acuden los pequeños empresarios al concurso, debido a la responsabilidad limitada «imperfecta» con que operan, a pesar de adoptar la forma de Sociedad Limitada. Esta situación se agrava por el hecho de que **el concurso deja a la persona física indefinidamente deudora: «cualquier comienzo de proyecto empresarial, a partir de aquí, arranca con menos de cero».**

La Profesora CUENA CASAS, por su parte, destaca que la falta de regulación de la remisión concursal de deudas determina que «*el estímulo al convenio es nulo*» por parte de los acreedores, a diferencia de lo que ocurre en el concurso de persona jurídica⁽⁶⁹⁾. Por esta y otras razones no hay convenios concursales⁽⁷⁰⁾.

El Gobierno, entre tanto, preparaba un Proyecto de Ley de Emprendedores (la futura LAEI) que incluiría (aunque solo para estos) la exoneración del pasivo pendiente en su concurso. Con ello seguía el criticable ejemplo italiano, que excluía de la *debts discharge* (regulada en los arts. 142 y ss. Legge fallimentare) a los deudores consumidores, suscitando dudas sobre la constitucionalidad de esta exclusión, por contraria al principio de igualdad (AMBROSINI), en un momento en que todavía no se regulaba el *sdebitamento*, o remisión de deudas en los casos de «*sovraindebitamento dei debitori non fallibili*», no susceptibles de «*fallimento*» o concurso, por no ser empresarios (Ley de 27 de enero de 2012, n.º 3, en su actual redacción por el Decreto Ley n.º 179/2012, convertido en Ley n.º 221/2012). La misma consideración podía merecer que se aplique la exoneración (*sdebitamento*) al empresario, pero no a las personas físicas que lo han avalado o garantizado. Un factor que podía explicar esta discriminación es que el crédito al consumo, en Italia, no tiene el volumen de otros países europeos, sobre todo el de España, donde tal exclusión habría sido ya un freno al consumo, ante el temor de sobreendeudamiento⁽⁷¹⁾.

La LAEI sigue el ejemplo de los países que han incorporado la *discharge* para personas físicas, tanto emprendedores como consumidores, aunque con alguna discriminación en perjuicio de los segundos, en posible violación del art. 14 CE y con desprecio del art. 51 CE y del principio de defensa de los consumidores.

3.2. El nuevo art. 178.2 LC

El nuevo art. 178.2 LC incorpora, por fin, la remisión concursal de deudas o exoneración del pasivo insatisfecho a favor de toda persona natural. Se añade a la remisión prevista en el «concurso sucesivo» a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos frustrado que prevé el art. 242.2.5 LC, aunque con notables diferencias. **En el art. 178.2 LC (a diferencia del art. 242.2.5 LC, limitado a los emprendedores), el legislador español opta por el modelo alemán, a favor de toda persona física, en lugar del francés (que lo reconoce solo a favor del consumidor) o del italiano (que lo reserva a los emprendedores, con los matices que veremos).** Por el contrario, **ambas normas coinciden en excluir las deudas de Derecho Público.** Aunque el art. 242.2.5 LC excluye expresamente los créditos de Derecho Público y el art. 178.2 LC omite esta mención expresa, en realidad, al exigir el pago de todos los «*créditos privilegiados*», incluye «*los créditos tributarios y demás de Derecho Público*» (incluidos en el art. 91.4.º, en la lista de créditos con privilegio general)⁽⁷²⁾.

El nuevo art. 178.2 LC establece que «*la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso (-sado) no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto en el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 % del importe de los créditos concursales ordinarios*». Pero la norma añade: «*Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes, si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*». Es decir, **en tales circunstancias, no le será exigible el pago del 25 % de los créditos concursales ordinarios, que se le perdonarán íntegramente.**

Con carácter general, **el Juez del concurso solo puede declarar la remisión de deudas del concursado persona natural si concurren las siguientes condiciones:** 1) la sentencia de calificación del concurso no lo ha declarado culpable; 2) el deudor no ha si-

do condenado por el delito del art. 260 CP ni por ningún otro relacionado con el concurso; 3) **han de haberse pagado todos los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y el 25 % de los concursales ordinarios.** Entre los privilegiados, ya sabemos que figuran los créditos de Hacienda y la Seguridad Social, pero también otros muchos (art. 91.4.º LC: «*los créditos tributarios y demás de Derecho público*»). Si, además, se ha de haber pagado el 25 % de los créditos ordinarios, estamos ante una «norma perversa» que busca su no aplicación.

La norma limita extraordinariamente el alcance de la remisión concursal por deudas, y con distinta gradación para el deudor que haya intentado y no haya conseguido un acuerdo extrajudicial de pago con sus acreedores. Se entiende, por ello, que debe estar legitimado para solicitar el acuerdo extrajudicial, es decir, ser un «*empresario persona natural*» y que justifique que su pasivo no supera los 5 millones de euros (art. 231.1 LC).

Por consiguiente, **el empresario persona natural en tales circunstancias puede conseguir la remisión de la totalidad de sus deudas ordinarias,** mientras que el consumidor (no emprendedor) no podrá, en ningún caso, obtener la remisión, si no paga como mínimo el 25 % de los créditos concursales ordinarios (además de los privilegiados y los créditos contra la masa).

Como puede fácilmente desprenderse, las reformas de carácter mercantil introducidas por la LAEI deberían haber merecido más estudio y reflexión

Existen serias dudas acerca del hecho que esta discriminación sea racional y **supere, por tanto, el juicio de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley del art. 14 CE, y que sea respetuosa con el art. 51 CE, que ordena a los poderes públicos defender los derechos de los consumidores, así como congruente con la tendencia generalizada en las legislaciones europeas y con el mandato del art. 9.2 CE, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y**

de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

En cambio, **falta una justificación en el art. 178.2 LC de la omisión, entre las deudas no susceptibles de remisión (además de los créditos contra la masa y privilegiados), de las que figuran excluidas también en los demás ordenamientos, como las deudas de alimentos y de ayuda mutua familiar y las derivadas de responsabilidad extracontractual** (en atención, en todos estos casos, al superior interés de la protección de estos acreedores). Por otro lado, no se regula el efecto de la remisión sobre los obligados solidarios, garantes o fiadores, que no parece justo que se exoneren de responsabilidad. Por último, falta en la norma la aplicación de un mínimo *test of discharge* que, más allá de la calificación como concurso fortuito, constata que el deudor es merecedor de esta excepcional remisión de las deudas⁽⁷³⁾. Ello sin perjuicio de reconocer que, en algunas legislaciones, el *test* de las condiciones a cumplir es tan riguroso que convierte la remisión en una entelequia⁽⁷⁴⁾, o bien la solución de exigir que el deudor tenga que seguir pagando sus deudas durante un período limitado después de la remisión (siete años, en el caso alemán).

Como vemos, las reformas de carácter mercantil introducidas por la LAEI deberían haber merecido más estudio y reflexión.

- (1) Preferimos la abreviatura LAEI a LE, que emplean otros autores, puesto que hay (y habrá) más leyes relativas al «empresario». Del mismo modo, su extensión y heterogeneidad permite comentarios extensos de divulgación, como el de RODRÍGUEZ ARANA, M. Á., y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Ley de Emprendedores: Aspectos fiscales, laborales, mercantiles y administrativos*, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013 (sin tratar apenas los aspectos mercantiles). Una breve exposición descriptiva en *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, n.º 153, Oct. 2013, págs. 3-10.
- (2) Como observa PRATS ALBENTOSA, L., «Ley de Emprendedores: Del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», en *Diario La Ley*, n.º 8161, 2 Oct. 2013, págs. 1-8, esp. pág. 2. Con ello, el Estado español no mejorará su puesto en la clasificación en el ítem «Arrancar un nuevo negocio» del *Informe Doing*

Business del Banco Mundial (el n.º 136, en 2012). Hubiera sido más lógico establecer que la declaración de inembargabilidad de cualquier emprendedor manifestada en acta notarial se inscribiera directamente en el Registro de la Propiedad correspondiente, pasando este nota telemática inmediata al Registro Mercantil, en el caso de que el declarante manifestara figurar inscrito en el mismo para su publicidad formal (como en cierto modo nos enseña la legislación francesa, que examinaremos más adelante). No cabe duda que la solución española se inscribe en la estrategia del Cuerpo de Registradores de aumentar a ultranza sus funciones en la seguridad jurídica extrajudicial y, con ello, su poder y sus ingresos, aunque sea aumentando los costes burocráticos. Sobre el aspecto general de esta importante cuestión, remito a VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, 23.ª ed., Valencia, 2012, págs. 220-222 (en polémica con el Profesor Benito ARRUNADA, valedor de los servicios registrales desde el método del análisis económico del Derecho, aunque no de los notariales). El negocio del que hablamos es importante, dado el interés de los emprendedores personas físicas no comerciantes a declarar la inembargabilidad de su vivienda habitual (sobre el concepto, véase *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 167-178, y su estadística en la pág. 171: en 2010, la Seguridad Social tenía un total de 2.915.399 «empresas»; de ellas, 2.081.675 eran personas físicas y, dentro de estas, 1.591.589 autónomos (más o menos emprendedores).

- (3) Sobre el déficit de ciencia de la legislación en España, remito a lo expuesto en «Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 4043-4120, e *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 161-162, con referencia a su versión actual como Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Assessment*). Véase, en especial, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., y BAHNINI, M., *La calidad de la ley en Marruecos: Una propuesta para su mejora*, Ed. FIIA-AP, Madrid, 2009. La Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de LAEI de 24 de mayo de 2013, propuesta por siete ministerios (!), agrupa, tal y como establece el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, los tres informes exigidos por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, sobre necesidad y oportunidad de la norma, memoria económica e impacto por razón

de género, con una extensión de 74 págs. El resumen ejecutivo (págs. 2-4) *ya anuncia su generalidad*, al descartar el apoyo a empresas de alto valor añadido, por las limitaciones de la Administración para valorar los proyectos atractivos; los fuertes incentivos fiscales u otras ventajas económicas, por las restricciones presupuestarias; el fomento de la segunda oportunidad, por el impacto que tiene sobre los acreedores (limitándola a la figura de «*empresario de responsabilidad limitada*», protegiendo su vivienda habitual frente a las deudas empresariales, aunque después se incorporará la remisión concursal de deudas); *el garantizar el acceso a la financiación, porque estas medidas ya han sido adoptadas o se adoptarán*, optando por «*una reforma amplia y horizontal, que incide sobre la eliminación de obstáculos*». La Memoria explica las novedades normativas del Anteproyecto, y en el Análisis de Impactos indica el correspondiente título competencial dentro del art. 149 CE, que tiene impacto económico positivo, una reducción de cargas administrativas sobre empresas estimada en 122,9 millones de euros anuales y ningún gasto público, aunque sí una reducción de ingresos públicos estimada en 1.924,18 millones de euros en 2014 y 1.368,18 millones en 2015 y siguientes, y que la norma no tiene impacto de género.

- (4) PRATS ALBENTOSA, L., «Ley de Emprendedores: Del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», en *Diario La Ley*, n.º 8161, 2 Oct. 2013, págs. 1-8, esp. pág. 1.
- (5) Como en su día reconoció la Ponencia del Senado en relación con la promulgación de una Ley o un Estatuto de la Empresa Familiar, que por dicha razón fue abandonado («Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar», BOCE, Senado, 23 de noviembre de 2001, págs. 1-40, recomendando solucionar problemas concretos: «Conclusiones»).
- (6) Véase lo expuesto más adelante sobre el art. 41 LAEI en relación con los «apoderamientos electrónicos», norma que por su generalidad y ambigüedad ha suscitado gran inquietud.
- (7) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «De leyes perversas y legisladores bondadosos», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 51, Sept.-Oct. 2013, págs. 6-9, afirma que la LAEI es «*una ley perversa [...] porque no responde al orden o estado habitual de las cosas y logra sus objetivos oblicuamente*» (ob. cit., pág. 6).
- (8) El art. 1 LAEI dice que tiene por objeto «*apoyar al emprendedor y la actividad em-*



presarial»; su art. 2, que se aplica «a todas las actividades económicas y de fomento de la internacionalización realizadas por los emprendedores en el territorio español», y su art. 3 introduce su definición: «Se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional en los términos establecidos en esta Ley» (sin que se comprenda bien esta última condición).

- (9) El art. 001-2 PCM, de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, define *empresario* como «personas físicas que ejercen una actividad organizada para la producción o cambio de bienes o prestación de servicios», incluyendo los actualmente no «mercantiles» (agrarios y artesanos) y «las personas jurídicas que desarrollan una actividad de estas» (sin especificar qué entidades, quizás con el objetivo de sustraer las cooperativas, asociaciones, mutuas y fundaciones a la competencia de las comunidades autónomas), las sociedades mercantiles y las personas físicas que desarrollen una actividad titulada o artística para el mercado.
- (10) Remito a *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., pág. 297.
- (11) El nuevo art. 163.16.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que «podrán aplicar el régimen especial del criterio de caja los sujetos pasivos del Impuesto cuyo volumen de operaciones durante el año natural anterior no haya superado los 2.000.000 de euros», pero su art. 163 ter.16.1 aclara que «el Impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos o, si este no se ha producido, el devengo se producirá el 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que se haya realizado la operación». Ahora bien, si el pequeño emprendedor retrasa el ingreso del IVA mientras no cobre y emita la factura, ello implica que sus clientes, en tanto no la paguen, no pueden deducirse el IVA correspondiente. Por esta razón, en ciertos sectores, los más morosos (construcción, servicios y logística y hostelería, o transporte, que hasta ahora pagaban con hasta doscientos días de demora), las grandes empresas han avisado que no contratarán con los proveedores que se acojan al sistema de IVA de caja, lo que tienen que comunicar a la Agencia Tributaria durante el mes de diciembre, para empezar a aplicarlo desde el 1 de enero de 2014 (*Expansión*, 20 de noviembre de 2013, pág. 2, «Editorial» y pág. 27). La LAEI no quiso acoger la petición de CEPYME (ahora secundada por

otras organizaciones) de que se permitiera que las grandes empresas pudieran deducirse el IVA antes de pagar la factura (lo que habría supuesto una gran pérdida de ingresos para Hacienda).

- (12) Véase el debate parlamentario en BOCE, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, 17 de julio de 2013; DS, Comisiones, 5 de julio de 2013 y 6 de agosto de 2013, aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena; Senado, DS, 5 de septiembre de 2013, págs. 4-16; Pleno, 11 de septiembre de 2013, y Congreso, DS, Pleno y Diputación Permanente, 19 de septiembre de 2013.
- (13) BOCE, DS, Congreso, 17 de julio de 2013, págs. 5 y ss. El Ministro Montoro reconoce que en los últimos años «las pymes, autónomos y emprendedores» han sufrido como ningún otro las consecuencias de la crisis. «Es por ello la hora de llevar adelante una mejora de su entorno laboral, fiscal, regulatorio y financiero que permita recuperar su capacidad de adaptación a los cambios [...] estamos ante un Proyecto de Ley realmente ambicioso que nos pone a la altura de los países de nuestro entorno [...] desde el Gobierno estamos convencidos de que será un arma eficaz para reducir la duración de la crisis económica y volver cuanto antes a una senda de crecimiento económico» (pág. 6). En relación con el empresario de responsabilidad limitada, afirma que «suaviza incluso las consecuencias que para el futuro pueda tener una experiencia negativa [...] abriendo lo que se conoce como segunda oportunidad», aunque aclara que solo se trata de que «podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones» (pág. 7). Más adelante, afirma que «estamos desarrollando plenamente nuestro programa tributario, en primer lugar, con la introducción de ese compromiso electoral firme con nuestros electores que fue la implantación en España del IVA de caja [...] [que] evita ingresar hasta que se cobre la factura. España se incorpora con esta norma a los países más avanzados de nuestro entorno» (y estima un ahorro de 1.000 millones de euros para un millón trescientas mil personas físicas y más de un millón de pymes). Termina con un brindis al sol: «España es un país pletórico de emprendedores [...] es uno de los grandes países de éxito y de desarrollo económico mundial en los últimos cincuenta años» (pág. 10), y pide la retirada de las siete enmiendas a la totalidad, seis de devolución y una de texto alternativo (la de CiU).
- (14) Los pequeños emprendedores en España nunca superarán la pérdida de las cajas de ahorros cuando la corrupta clase política

gestada en la Transición las convirtió con gran desvergüenza en verdaderos bancos, en lugar de conservar su espíritu fundacional de crédito social, junto al crédito público, propio del ICO y de los institutos de finanzas catalán y valenciano.

- (15) BOCE, Senado, 5 de septiembre de 2013, pág. 4, veto de IU presentado por los senadores Iglesias y Mariscal. El señor Tardà, de ERC, también lamentó que no se acogieran las reivindicaciones del sector de la economía social tras la celebrada Ley de Economía Social (BOCE, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria de 19 de septiembre de 2013, págs. 2 y 3). (Véase la guía virtual de CEPES para el emprendimiento colectivo: http://www.cepes.es/página_cepes=44.) El señor Olabarriá destacó el espíritu recentralizador de la Ley y que confie demasiado en el «emprendimiento», en lugar de la creación efectiva de empleo (ob. cit., págs. 4-5). El señor Anchuelo, de UPyD, lamentó que la Ley identifique problemas serios y los aborde con poca ambición y la proliferación de leyes de emprendedores: dos estatales, seis autonómicas y otras tres en proceso de tramitación, e hizo un repaso sobre las novedades de la Ley destacando sus limitaciones (ob. cit., pág. 6). El señor Coscubiela, por Izquierda Plural, censuró el error de diagnóstico de la crisis, que no es de sobrecostes en la oferta, sino de falta de demanda, y el «furor legislativo» al que responde la Ley, con un cambio permanente de normas, que los autónomos son incapaces de gestionar, y el enfoque clasista en la política de inmigración. El señor Sánchez Llibre, de CiU, en cambio, manifiesta su complicidad con el Grupo Popular respecto a la Ley, porque dice que los jóvenes emprendedores sin capital van a tener muchas posibilidades de iniciar un negocio, gracias al fomento de los «inversores de proximidad» o *business angels* (sean parientes o no, que se beneficiarán de bonificaciones fiscales) y la bonificación en las cuotas de los emprendedores a la Seguridad Social (de 3.000 a 1.000 euros) o el incremento del 50 % en las bonificaciones fiscales a las empresas que contraten personas con discapacidad (en realidad, medidas mediocres). El señor Saura García, por el Grupo Socialista, insistió sumariamente en que la Ley era un fraude y una chapuza, refiriéndose a la falta de crédito y a la no reducción de impuestos, como «fraude electoral» (págs. 11-13); frente a ello, el señor Hernando Fraile resalta la buena política económica del PP y algunas de las ventajas que la nueva Ley ofrece a los emprendedores. Cierra el debate el Ministro Montoro reafirmando que

es una gran Ley, con numerosas e importantes innovaciones.

- (16) BOCE, Senado, 5 de septiembre de 2013, págs. 6 y ss., presentada por el Senador Camacho Sánchez.
- (17) «Editorial», en *Escritura Pública*, n.º 83, Sept.-Oct. 2013, págs. 4-5. (18) Sobre las alternativas que tenía el legislador, véase PÉREZ VARGAS, S., y ÁLVAREZ ARROYO, R., «La Directiva 2010/45/UE: Facturación y otras novedades en el IVA», 8 de septiembre de 2011, págs. 1-17, Francis Lefebvre-Actum, *blog.efl.es/*.
- (19) El art. 3 LAEI **considera emprendedores tanto a las personas físicas como a las jurídicas**, lo que constituye una invitación a **constituir sociedades unipersonales**, con la consiguiente ausencia de responsabilidad personal del socio único (emprendedor) por las deudas sociales.
- (20) En especial, en Francia, el Informe CHAMPAUD, a petición del Gobierno francés, de 26 de octubre de 1977. Véase CHAMPAUD, J. C., «L'entreprise personnelle à responsabilité limitée», *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1979, págs. 586 y ss., y el Informe ROUX, también a petición del Gobierno francés, de noviembre de 2008, posterior a la Ley de Modernización de la Economía de 4 de agosto de 2008, que introdujo en el Código de Comercio francés la facultad de declarar la inembargabilidad de bienes inmuebles determinados por deudas empresariales. Dicho Informe precisamente abogaba por incorporar al Derecho francés la citada Ley (<http://www.lexisnexis.fr.pdf>). En España, la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie B, 23 de mayo de 2008, n.º 107-1). Véase GONZÁLEZ CABRERA, I., y ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «La figura del empresario individual de responsabilidad limitada: Al hilo de una proposición de ley de mayo de 2008», *RdS*, n.º 32, 2009-1, págs. 341-356. Tienen gran interés las referencias a esta figura de los autores que comentaron la 12.ª Directiva (en especial, ALONSO UREBA, A., y DUQUE DOMÍNGUEZ, J., en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 64-118 y 242-289, respectivamente).
- (21) Remito a VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, vol. I-1, Ed. José M.ª Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1991, págs. 112-114.
- (22) «Si Salomón nos dio el sabio principio, Jurogisa reitera la premisa» (pareado mnemotécnico para recordar dos casos judiciales señeros en el reconocimiento de la personalidad jurídica y la separación entre el pa-

trimonio social y el personal de sus socios: VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 513-514).

- (23) <http://www.dalloz.fr>, *Codes Dalloz/Code du Commerce*, Capítulo VI, «De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint». Texto actualizado a 25 de noviembre de 2013. El legislador francés no impone como requisito general la inscripción en el Registro Mercantil, que es una peculiaridad de la LAEI (ya presente en la Proposición de Ley de mayo de 2008) que revela su interés en potenciar el Registro Mercantil como institución única de publicidad. Cuando en Francia el declarante no está obligado a inscribirse en un registro de publicidad legal, debe publicar un extracto de la declaración en un boletín oficial de anuncios del Departamento en el que se ejerce la actividad profesional.
- (24) La Orden N.º 2010-638, de 10 de junio de 2010, art. 13-III, en vigor desde el 1 de enero de 2013, sustituye a la oficina o *bureau des hypothèques* por el *Fichier Immobilier*. En los departamentos del Bas-Rhin, del Haut-Rhin y del Moselle, se inscribirá en el Registro de la Propiedad (*livre foncier*) de su emplazamiento (véase *Dalloz*, ob. cit.).
- (25) STC Pontoise de 12 de julio de 2007, *BRDA* 2007, n.º 18, pág. 10 (véase *Dalloz*, ob. cit.).
- (26) La bibliografía sobre el tema es muy extensa y se encuentra citada en el artículo de PELLIER, J.-D., «La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée», en *RTDCom.*, Ene.-Mar. 2013, págs. 45-58. En la doctrina española, véase PEREÑA VICENTE, M., «El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés: ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?», en *RCDI*, n.º 735, Ene.-Feb. 2013, págs. 423-453, quien distingue claramente la inembargabilidad (de la Ley de 2003) del patrimonio afectado o separado (de la Ley de 2010) (ob. cit., pág. 426).
- (27) Doctrina clásica expuesta por AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil français*, 4.ª ed., 1873, pág. 231.
- (28) Véase PELLIER, ob. cit., págs. 51-58.
- (29) LEGRAND, «Déclaration d'insaisissabilité et EIRL: Le couple parfait?», en *D (Dalloz)*, 2011, pág. 2485.
- (30) ESCHYLLE, J.-F., «La capacité commerciale du mineur émancipé», en *RTDCom*, Abr.-Jun. 2013, págs. 203-221; el autor explica en qué supuestos esta responsabilidad es un riesgo (venta del *fonds de commerce* en tanto no se haya publicado, porque responde solidariamente de las deudas con el adquirente, socio colectivo en sociedad colectiva y comanditaria, responsabilidad cambiaria y procedimientos concursales). En la doctrina española, se ha generaliza-

do la idea de que el menor, emancipado o no, puede ejercer el comercio (por sí o a través de representante), asumiendo sus responsabilidades (mis reservas sobre esta interpretación de los arts. 1, 3, 4 y 5 CCom., tributarios de la tradición del Derecho latino y no germánico, y todavía vigentes, en *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 172-173). La capacidad para el «ejercicio del comercio» («ser comerciante») exige ser mayor de edad (haber cumplido dieciocho años) y tener la libre disponibilidad de sus bienes (es decir, no estar incapacitado ni ser concursado inhabilitado: art. 172.2.1.º LC). El art. 5 CCom. hace una excepción al art. 4 para «continuar el comercio ejercicio por sus padres o causantes», la cual no está claro si significa: a) que basta tener la personalidad jurídica (puede ser comerciante el menor de pocos meses); b) lo mismo, pero solo para la «continuación del negocio de sus padres o guardadores» (como una «excepción» al art. 4, en sí misma también inquietante), o c) que el menor, incluso emancipado, con dieciséis años, no puede ejercer el comercio, sino que lo ejercen sus guardadores, bajo su propia responsabilidad, aunque en interés patrimonial del menor (que fue el sentido originario de la excepción, como en su día demostramos, en interpretación sistemática con la primera regulación de la tutela en el Código Civil de 1889).

- (31) No puede aplicarse la misma solución que procede para la oponibilidad de la oposición del cónyuge del comerciante a que este comprometa los bienes gananciales no resultas del comercio, ex arts. 6, 7 y 12 CCom.. Véase *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., vol. I, pág. 197.
- (32) PRATS ALBENTOSA censura que se inscriba en el Registro Mercantil de la vivienda habitual, cuando se trata de un registro de sujetos, y de que, por tanto, se produzca una doble y redundante inscripción (un doble trámite) que no casa bien con el *leitmotiv* de la Ley: simplificar trámites (ob. cit., pág. 4). Aunque, en realidad, en el Registro Mercantil solo se practica inscripción del ERL «en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual», incluyendo una mera «indicación del activo no afecto» (art. 9.2 LAEI).
- (33) Si se plantea en su día el problema de si la vivienda que el acreedor intenta embargar es o no la habitual (protegida por la limitación de responsabilidad; cfr. GONZÁLEZ CABRERA y ESTUPIÑÁN CÁCERES, ob. cit., pág. 351, en relación con la Proposición de Ley de mayo de 2008) es algo que tendrá que resolver el Juez.



- (34) PRATS ALBENTOSA, ob. cit., pág. 3. Aunque el final de la frase no es muy claro, el autor acoge la primera interpretación.
- (35) GONZÁLEZ CABRERA y ESTUPIÑÁN CÁ-CERES lo planteaban en relación con la Proposición de Ley de 2008, que admitía expresamente la renuncia, sometiendo a crítica esta opción por reducir la limitación de responsabilidad a una ficción (ob. cit., pág. 352).
- (36) Objeciones opuestas por ALFARO, *El Notario del Siglo XXI*, ob. cit., pág. 7.
- (37) Poner la vivienda habitual a nombre de su cónyuge producirá efectos si no ha sido adquirida con resultados de la actividad empresarial, es decir, si es bien privativo del cónyuge. Según el art. 6 CCom., responden de la actividad del comerciante los bienes del cónyuge casado y los adquiridos con sus resultados (en su caso, su vivienda habitual), permitiendo al cónyuge del comerciante excluir de responsabilidad los bienes comunes no resultados (cfr. arts. 6 a 11). Esta facultad del cónyuge, además, no existe cuando el emprendedor no sea comerciante, no siendo posible extender estas normas por analogía. Remito a *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 194-198.
- (38) Remito a la *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 445-451 y a la bibliografía citada en *C&M*, n.º 4, pág. 511, que expresaba la preocupación por la influencia de la jurisprudencia del TJUE en la legislación inmediata de los Estados Miembros continentales, presionada por la necesidad de simplificación. Esta jurisprudencia viene de lejos y está formada por las SSTJUE de 10 de julio de 1986, asunto 79/85, *Segers*; de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*; de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*; de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art*; de 13 de diciembre de 2005, asunto *SEVI System AG*; de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio*, y de 12 de julio de 2012, Sala 3.ª, asunto *VALE Costruzioni = VALE Epítésí Kft*. El TJUE distingue entre el ejercicio del derecho de establecimiento secundario (crear sucursales en otros Estados Miembros), que no se puede limitar, del derecho de establecimiento primario (traslado del domicilio social con cambio de la nacionalidad y régimen legal de la sociedad), en el que se atiende al sistema legal de atribución de nacionalidad y ley aplicable escogida por la ley de cada Estado (así, en el caso *Cartesio*, niega a una sociedad húngara el derecho a trasladar el domicilio social a Italia, ya que Hungría establecía, en aquel momento, el principio de sede real, luego abandonado; por eso hubo una Propuesta de 14.ª Directiva, que no ha llegado a aprobarse). Si bien el TJUE aplica otros principios del Tratado que permiten aumentar o garantizar en la práctica la movilidad de las sociedades. Por ejemplo, en el caso *VALE Costruzioni, SRL*, sociedad italiana transformada por acuerdo social en húngara, Hungría no podía rechazar la inscripción de la sociedad resultante de la transformación en su Registro Mercantil por respeto a los principios del Tratado.
- (39) Véase *Memento Sociétés commerciales*, 2014, (c) 2013, Ed. Francis Lefebvre, París, n.º 30141.
- (40) La MOMIG se proponía desregular la GmbH, hacerla más atractiva en comparación con la «Private Limited Co.», con libertad para transferir la sede real (no la estatutaria) al extranjero, pasar normas de la legislación societaria a la concursal (InsO), como la obligación de solicitar la declaración de concurso, incluso de los socios, si los administradores han dimitido, y aunque no sea alemana la sociedad, y la subordinación general de todos los préstamos de los socios a la sociedad (en lugar de tener que probar que se han hecho en sustitución de aportaciones de capital: *Eigenkapitalersatz*), la protección al adquirente de buena fe de participaciones sociales (como réplica a que la CoAct 2006 prevé la materialización de las participaciones sociales). En cuanto al régimen del capital social, constituye un compromiso entre el sistema anglosajón, que prescinde del capital social para fijarse solo en el *solvency test*, y el sistema de gran rigor en la exigencia y protección del capital social, llegando a regular en la *Unternehmersgesellschaft* (UG) una variante de la SRL (GmbH). Véase un breve y lúcido resumen en HIRTE, H., y SCHALL, A., «La société d'entrepreneur en Droit allemand (*Unternehmersgesellschaft*)», en *Revue des Sociétés*, Abr. 2013, n.º 4, págs. 198 y ss.
- (41) NICAISE, P., «La SPRL starter: Une nouveauté dans la forme?», en *Commission royale droit et vie des affaires: Le point sur le droit des sociétés. Questions choisies (Seminaire organisé à Liège le 26 mai 2011)*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2011, págs. 19-34, esp. pág. 23. El Código de Sociedades exige un capital social mínimo de 18.550 euros (art. 214), con un desembolso mínimo de 6.200 euros (en sociedades unipersonales, el doble: 12.400 euros), y si las aportaciones son dinerarias, un capital mínimo de la quinta parte (véase MALHERBE, J., et al., *Droit des sociétés*, Ed. Précis y Bruylant, Bruselas, 2006, págs. 855-856).
- (42) Véase BUSANI, A., «La nuova società à responsabilità limitata semplificata e la nuova SRL con capitale inferiore a 10 mila euro», en *Le Società*, n.º 10, 2013, págs. 1068 y ss.; MARASSÀ, G., «Considerazioni sulle nuove SRL: SRL semplificate, SRL ordinarie e *start up* innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del DL n. 76/2013», *ibidem*, págs. 1086 y ss.; SALAFIA, V., «Il C. d. A. della società a responsabilità limitata», *ibidem*, págs. 1096 y ss. El Profesor MARASSÀ observa que «un dato parece común a SRL simplificadas, SRL de capital reducido y *start up*, que se trata de figuras efímeras [...] en el efluvio de leyes de emergencia que con intervenciones tan suaves en las etiquetas cuanto en realidad limitadas en los efectos está trastornando a Italia» (ob. cit., págs. 1095-1096).
- (43) Véase PAURA, J., en ULMER, P.; HABERSACK, M., y WINTER, M., *GmbHGrosskommentar. Ergänzungsband (MoMiG)*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, págs. 94-164, Rn. 1 a 88, en concreto, págs. 152-153. El comentario al art. 5-a GmbHG del abogado de Hamburgo Jörg PAURA constituye una magistral monografía, con una primera parte de temas generales y una segunda dedicada al estudio detallado de su régimen. Frente a las propuestas de suprimir el capital social mínimo (como en Francia, la Loi pour l'initiative économique de 1 de agosto de 2003) o reducirlo de 25.000 euros a 10.000 euros, regular una pequeña «Basis-GmbH» o el «empresario de responsabilidad limitada», se ha preferido dejar inalterado el sistema, siquiera sea con un capital social que puede ser de cuantía simbólica, como 1 euro (PAURA, ob. cit., Rn. 13 y 14, págs. 107-108). HIRTE y SCHALL, ob. cit., informan que si a fines de 2008 solo se habían constituido 1.202 UG, a 31 de octubre de 2009 había 19.563 y a principios de 2011 ya eran 47.000. En general, el capital se está fijando en unos 1.000 euros en el 40 % de ellas (del mismo modo que en Francia se ha estabilizado en torno a los 3.000 euros).
- (44) Mientras PRIESTER compara la SRL con un hombre que se pasea desnudo en medio del frío y la nieve vestido con un bañador y le insta a quitárselo, por ser inútil, PAURA entiende que lo sensato sería ponerse un vestido adecuado al tiempo, o sea, aumentar el actual capital social mínimo (Rn. 21, pág. 133), porque, de lo contrario, todos los mecanismos de protección del capital social no sirven para nada. Y, en relación con ello, plantea el problema de la responsabilidad de los socios por infracapitalización material (que se daría, por necesidad, en una sociedad de 1 euro de capital social), declarada por los tribunales, sea por levantamiento del velo, por abuso de la personalidad jurídica o por

responsabilidad por déficit (*Ausfallhaftung*), recordando las numerosas sentencias del Tribunal Federal sobre el tema, con la más reciente, caso *Gamma* (BGH ZIP 2008, págs. 1232 y ss.), que rechazó la responsabilidad por infracapitalización. Por tanto, no habría responsabilidad por la infracapitalización querida de propósito en la UG. Se plantea PAURA, por otro lado, si la UG puede ser socio comanditario en la comanditaria por acciones o *holding*, aunque en las 22.000 constituidas hasta entonces se trataba siempre de pequeñas sociedades donde no era necesaria una gran inversión. El autor, finalmente, minimiza el riesgo que asume el legislador con la regulación de la UG, porque, de 1.000.000 de GmbH existentes en la RFA en 2008, solo se habían declarado 10.900 concursos (1 %), mientras que de las «Private Limited Co.» eran 677 concursos (2-3 %), por lo que piensa que el legislador ha escogido el buen camino para hacer frente al desafío de la «Private Limited Co.» (Rn. 27, pág. 119).

- (45) Como en todas las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 15.3.b LAEI prevé que en su constitución con estatutos tipo en formato estandarizado, utilizando el documento único electrónico (DUE) y el sistema de tramitación telemática del CIRCE, se solicitará la reserva de denominación al Registro Mercantil Central, incluyendo una propuesta de hasta cinco denominaciones alternativas, de entre las cuales el RMC emitirá el certificado negativo de denominación siguiendo el orden propuesto por el solicitante dentro de las seis horas hábiles siguientes a la solicitud (sobre el tema, véase MASA BURGOS, J. M., «Reflexiones sobre la posible creación de una bolsa de denominaciones societarias y sus problemas», en *Actualidad Civil* (La Ley), n.º 10, 2013, págs. 1097-1116).
- (46) ALFARO ve aquí también una regulación «perversa» por la falta de coherencia entre la finalidad de la norma y los medios articulados para conseguirla («un nuevo “tipo” de sociedad limitada», dice), sugiriendo que un «legislador bondadoso habría extendido el sistema de desembolso parcial de la Sociedad Anónima (art. 78 LSC) a la Sociedad Limitada (como en Francia y Alemania) y establecido como capital mínimo 1 euro» (ob. cit., pág. 9).
- (47) Remito a mi exposición sobre la infracapitalización, como complemento institucional del régimen de la organización financiera de la sociedad de capital, en *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 878-889, y a la bibliografía citada en C&M, pág. 891, n.º 10, así como a lo in-

dicado sobre la crisis de esta doctrina en Alemania, en relación con la UG.

- (48) Jesús ALFARO censura que la LAEI permita sustituir los poderes extendidos en documentos de papel por poderes electrónicos, porque aquellos comparten con los derechos de crédito bastantes características en este sentido de reducción de los riesgos (y de los costes) de efectuar transacciones. «Pero, de nuevo, el aparente avance (y la decisión del legislador) se explica porque beneficia no al tráfico, sino a los que viven del tráfico» (ob. cit., pág. 9). En realidad, el fomento del soporte electrónico es elogiado y no está claro que el art. 41 LAEI correctamente interpretado deba favorecer a «los que viven del tráfico» (¿a quiénes se refiere?).
- (49) Véanse los comentarios publicados en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 51: «Emprendedores en el aire: Análisis de la Ley 14/2013», Sept.-Oct. 2013, págs. 6-30: <http://www.elnotario.es/index.php/230-secciones/opinion/ley-de-apoyo-a-los-emprendedores>.
- (50) En este sentido, de forma contundente, PRATS ALBENTOSA, ob. cit., pág. 8, aportando numerosos argumentos que seguiremos o ampliaremos, y, entre los notarios, SOLÍS VILLA, «Los apoderamientos electrónicos de la Ley de Emprendedores», en *El Notario del Siglo XXI*, ob. cit.
- (51) RODRÍGUEZ PRIETO, «Los poderes electrónicos: Una novedad inexplicable (1)», en *El Notario del Siglo XXI*, ob. cit., págs. 30-31, cree que es voluntad del legislador (controlado por los registradores) implantar estos «apoderamientos electrónicos», atacándolos por su «eficacia restringida», y propone alternativas para ahorrar costes a los emprendedores, como la directa inscripción por los notarios de los poderes autorizados en el Registro Mercantil, con acceso gratuito al público, una vez pagada la inscripción por el otorgante del poder (en esencia, el sistema de inscripción en el Registro de Empresas del vigente Derecho italiano).
- (52) El Ministerio de Economía elaborará informes anuales y propondrá medidas para mejorar la competitividad, etc. (art. 36); para que una Administración cree un carga administrativa, habrá de eliminar otra de coste equivalente (art. 37); los servicios estatales de estadística reducirán las cargas estadísticas que soportan los emprendedores (art. 38); en las empresas de menos de diez trabajadores, el «empresario» podrá asumir la función de control de los riesgos laborales (art. 39); la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pondrá a disposición de las «empresas» un libro de visitas electrónico por cada uno de sus centros de trabajo

(art. 40, que se aproxima al tema del art. 41: fomento de la comunicación electrónica con la Administración Pública).

- (53) Me permito remitir a dos trabajos en que, en épocas distintas, he reconocido este principio de política legislativa en la introducción de las TIC (en concreto, en el Derecho de Sociedades): FERNÁNDEZ DEL POZO, L., y VICENT CHULIÁ, F., «Internet y Derecho de Sociedades: Una primera aproximación», en *RDM*, n.º 237, Jul.-Sept. 2000, págs. 915-1002; VICENT CHULIÁ, F., «Notas sobre convocatoria e información previa a la junta en la sociedad cotizada española», en *RDM*, n.º 287, Ene.-Mar. 2013, págs. 29-61, rectificando la impresión que sugieren a primera vista la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, y los arts. 517.2.b y 522.3 LSC de que el accionista tenga reconocido un derecho a la representación por medios electrónicos en junta general de sociedad cotizada, exigible frente a la sociedad (págs. 35 y ss.).
- (54) «... se vendría a reafirmar, ahora con un carácter ya general, la posibilidad de otorgar poderes frente a cualesquiera administraciones utilizando la forma electrónica reconocida, poderes que podrían ser remitidos telemáticamente a los registros ADMINISTRATIVOS correspondientes. / No ha existido, sin embargo, cambio alguno en las normas sustantivas que regulan el fondo y la forma de las relaciones jurídicas privadas. No se olvide, además, que la firma electrónica no altera la naturaleza de los documentos, que serán privados o públicos no en función del soporte en el que se encuentren, sino en función de la intervención o no en ellos de un funcionario que tenga atribuidas facultades de dación de fe» («Editorial», en *Escritura Pública*, n.º 83, ob. cit., pág. 5).
- (55) Remito a *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., pág. 205.
- (56) Los poderes para contraer matrimonio y para pleitos son exigidos *ad solemnitatem* y los demás para su plena eficacia frente a terceros distintos al poderdante y apoderado con quienes este tiene el encargo de actuar o contratar (véase LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., en PAZ-ARES, C.; DíEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R., y SALVADOR, P., *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 508, quien explica los efectos de la oponibilidad frente a terceros de la elevación a público en el comentario a los arts. 1278 y 1279 CC, págs. 502-506).
- (57) El Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre (BOE del 3), simplificó la constitución de toda clase de sociedades de capital, distinguiendo tres supuestos: a) grandes, SA y SCA y SRL con socios per-



- sonas jurídicas, capital superior a 30.000 euros y órgano de administración en forma de Consejo; b) medianas: SRL en las que no concurren dichas circunstancias, y c) pequeñas, SRL con capital no superior a 3.100 euros y estatutos que se adapten a los estatutos tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 diciembre (BOE del 11). Véase *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, ob. cit., págs. 545-547.
- (58) Véase PULGAR EZQUERRA, «Ley de Emprendedores y segunda oportunidad», en *El Notario del Siglo XXI*, ob. cit., págs. 14 a 21, esp. págs. 16-18.
- (59) Como observa con razón la Profesora PULGAR EZQUERRA, con este cambio en la designación del administrador concursal frente al sistema general de designación por el Juez de entre una lista de administradores concursales confeccionada por los distintos colegios profesionales, «se conculca, por un lado, la imparcialidad, y por otro lado, la confidencialidad» (que deben tener en el mediador las partes en la mediación) (ob. cit., pág. 17).
- (60) Sobre el tema, véase la razonada exposición, en síntesis, de RECALDE CASTELLS, «De nuevo dando vueltas a la "refinanciación" preconcursal», en *El Notario del Siglo XXI*, ob. cit., pág. 1013.
- (61) Como recuerda la Profesora Juana PULGAR EZQUERRA, ha sido «el recrudescimiento de la crisis económica, el sobreendeudamiento hipotecario y la cuestión de prejudicialidad planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona al TJUE en relación con la abusividad de ciertas cláusulas contractuales en el marco hipotecario (caso Aziz: STJUE de 14 de marzo de 2013), cuando el tema ha sido objeto de reciente atención» (ob. cit., págs. 14 a 21, esp. pág. 14). Nada convincente nos parece su explicación de que la Sección para la Reforma Concursal creada en el seno de la Comisión General de Codificación en 2009 (de la que la autora formaba parte) no consiguiera sacar adelante esta reforma y que la disposición adicional única de la Ley 38/2011 tampoco permitiera al Gobierno promover la incorporación de la remisión concursal de deudas, sino solo medidas de dulcificación de la ejecución hipotecaria de viviendas (reguladas en la Ley de 15 de mayo de 2013), como una especie de «discharges sectoriales» (pág. 15).
- (62) La Sección 523 (a) del Bankruptcy Code especifica una lista de diecinueve deudas exceptuadas de la *discharge* en los capítulos 7, 11 y 12 y una lista más reducida en el capítulo 13. Son ciertas clases de impuestos, deudas no declaradas por el deudor en la lista y formularios que debe presentar ante el Tribunal, deudas de alimentos,
- deudas por daños dolosos, deudas por sanciones administrativas o por daños personales conduciendo intoxicado, deudas a planes de jubilación protegidos fiscalmente o para la construcción, en forma de condominios y cooperativas.
- (63) Robert LAWLESS, *RcP*, n.º 8, 2008, dedicada al I Congreso de Derecho Concursal.
- (64) Proposición de Ley n.º 122/000295. BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie B, de 9 de mayo de 2003.
- (65) Remito a *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, ob. cit., págs. 2057-2059. En ediciones anteriores y en el I Congreso de Derecho Concursal: «Tres años de aplicación práctica de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», señalé como tema de urgente reforma, tan importante como los acuerdos de refinanciación, la incorporación de la remisión concursal de deudas para el deudor persona física («Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma», en *RcP*, n.º 8, 2008, págs. 113-132).
- (66) BOCE, Congreso, 27 de diciembre de 2011.
- (67) CUENA CASAS, M., «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: Intentos de regulación y ninguna solución», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, 2012, págs. 97-110, esp. p. 98. La autora explica que es distinta la *debts discharge* en el concurso (no se concede el *fresh start* respecto de deudas garantizadas) del «sobreendeudamiento hipotecario» (aunque este puede ser causa del concurso), analizando los factores, algunos de ellos imputables a los bancos, que han llevado a esta situación (siempre en beneficio de los bancos), y que ahora se intenta remediar con medidas legislativas y con la resolución judicial de casos. La Proposición de Ley de UPyD también separaba el tratamiento de ambas cuestiones. La apoyaron todos los partidos, excepto el PP, que alegó que la problemática que abordaba ya estaba resuelta en el recientemente aprobado Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos. Pero, como dice CUENA CASAS, «nada más lejos de la realidad. Una cosa es una ley y otra bien distinta un "código de conducta", y una cosa es el tratamiento general de la insolvencia de la persona física y otra la del sobreendeudamiento hipotecario» (ob. cit., p. 104). Sobre el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes para deudores hipotecarios sin recursos, véanse los comentarios de numerosos autores en *RCDI*, n.º 735, Ene.-Feb. 2013, págs. 19 y ss. Y sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, véase
- JUAN GÓMEZ, M., «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», en *RCDI*, n.º 739, Sept.-Oct. 2013, págs. 3125 y ss.
- (68) «Tarea urgente: El concurso personal», en *Indret*: http://www.indret.com/pdf/editorial_es_8.pdf.
- (69) Ob. cit., pág. 102.
- (70) CUENA CASAS, «Fresh start y mercado crediticio», en *Indret*: http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf.
- (71) CUENA CASAS, ob. cit., págs. 109-110.
- (72) La STS de 16 de julio de 2013, rec. n.º 934/2011, declara que cualquier crédito de una Administración Pública, aunque no sea la Tributaria ni la Seguridad Social es crédito privilegiado.
- (73) PULGAR EZQUERRA, ob. cit., págs. 20-21. Disentimos, en cambio, de la autora en punto a que el art. 178.2 LC permita la exoneración de las deudas de Derecho Público, puesto que se trata de créditos con privilegio general, como todos los de Derecho Público (art. 91.1.4.º LC).
- (74) Véase como ejemplo el caso de Italia, donde el art. 14-terdecis de la Ley de 27 de enero de 2012, n.º 3, en su actual redacción por el DL n.º 179/2012, convertido en Ley n.º 221/2012, sobre régimen de sobreendeudamiento de los deudores no sujetos a otros procedimientos concursales, exige como condiciones para la *sdebitazione*: que el deudor haya cooperado en el procedimiento, que no lo haya retardado, que no haya disfrutado de otro procedimiento de *sdebitazione* en los ocho años anteriores, que no haya sido condenado por los delitos del art. 16, que haya desarrollado en los cuatro años de duración del procedimiento una actividad productiva adecuada a sus capacidades y situación del mercado, que hayan sido pagados los acreedores por título y causa anterior a la declaración de la liquidación y algunas más. Y no opera: para obligaciones de alimentos, para resarcir responsabilidades extracontractuales y para deudas fiscales (sin que se exija efectivo perjuicio a Hacienda, a diferencia del procedimiento concursal, por lo que algún autor, como PANZIANI, lo reputa inconstitucional). Por lo que se puede concluir que «las condiciones son tan gravosas que en este procedimiento el *fresh start* para el deudor persona física probablemente acabará por quedar en el papel» (MANENTE, D., «Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili (introduzione alla disciplina della L. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo el C. D. Decreto Crescita-bis)», en *Il dir. fallimentare*, Sept.-Oct. 2013, págs. 558-608, esp. 601-603).

La «parcialidad del goce» como clave típica de las servidumbres

Gabriel de Reina Tartière
Profesor Doctor de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. EL CONCEPTO BÁSICO DE LA PARCIALIDAD DEL GOCE
- II. SERVIDUMBRES PERSONALES Y DERECHOS DE APROVECHAMIENTO PARCIAL
- III. LA SINGULARIDAD DE LAS SERVIDUMBRES FRENTE A LA TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

I. EL CONCEPTO BÁSICO DE LA PARCIALIDAD DEL GOCE

El derecho de servidumbre puede definirse, en humilde homenaje al maestro ALBADALEJO, como «*el poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno para servirse de él parcialmente en algún aspecto*» (el subrayado, lo cual denota la importancia que ya la le daba al asunto, le pertenece)⁽¹⁾.

De la muy concreta, pero cierta, definición que nos ofrece el insigne profesor murciano, surgen los «dos caracteres distintivos» que hacen a la servidumbre en cuanto tipo dentro del sistema de derechos reales: el objeto exclusivamente inmobiliario del



derecho y esa «parcialidad del goce» en que (conviene llamarla mejor por la LACRUZ)⁽²⁾ se traduce su contenido; caracteres interrelacionados en cuanto ese «goce parcial», esa incidencia menor del gravamen sobre la cosa que sigue en propiedad y posesión de otro, no puede darse tratándose de bienes muebles, bienes a cuyo respecto no es posible la concurrencia en el *factum possessionis*, esto es, que dos personas ejerzan material y simultáneamente actos poseso-

rios sobre ellos⁽³⁾. Un dato tan básico de que las servidumbres solo pudieran recaer sobre inmuebles acreditaría que en el espíritu de la legislación latiría la «parcialidad del goce» como axioma imprescindible, en cuanto la perpetuidad de algunos gravámenes solo podría admitirse cuando fuera conveniente desde un punto de vista socioeconómico, y no pervirtiera, por mermarlo en demasía, el contenido paradigmático de la propiedad.



Y ya, efectivamente, volviendo a su contenido, conviene precisar, en esta introducción a nuestro estudio, que el de servidumbre es un derecho de amplias posibilidades prácticas, pero de alcance restringido. En este sentido, en primer lugar, su titular podrá resultar favorecido por ventajas de la más variada índole: transitar por la finca gravada, sacar o derivar agua de ella, cazar o pescar dentro, utilizar alguna de sus instalaciones de recreo, etc. El aprovechamiento podrá ser positivo o negativo.

Cabe definir el derecho de servidumbre como el poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno para servirse de él parcialmente en algún aspecto

Si el aprovechamiento es positivo, el propietario o poseedor del inmueble gravado deberá respetar la injerencia que corresponda; si es negativo, abstenerse de ciertos actos que, de no mediar la servidumbre, habría de poder acometer con libertad (elevar edificaciones o plantaciones a más altura que la señalada, poner en marcha una determinada empresa, desarrollar ciertos emprendimientos, etc.).

Sin embargo, la ventaja en la que consista la servidumbre se presentaría acotada en relación con el conjunto de las que el bien pudiera reportar. Y es que el derecho de servidumbre no tendría aptitud como para intervenir la mayor parte de utilidades del dominio; en absoluto podría implicar el «vaciamiento material» de la propiedad, de su estatuto.

Algo de tanta importancia no se advierte por el Código Civil abiertamente, por más que se derive de toda su regulación en materia de servidumbres, pero, sobre todo, por su confrontación con la relativa, básicamente, al usufructo. De modo tal que, si se pacta que el dueño de una finca quede excluido de los mayores rendimientos que proporcione el inmueble, se estaría, en realidad, ante un derecho de usufructo, el cual, tras la falsa calificación de servidumbre (real), encubriría seguramente la intención de su titular de eludir el límite temporal que es propio del usufructo.

Pensemos, en este sentido, que las servidumbres no se encuentren por principio

FICHA TÉCNICA



Resumen: El presente trabajo pretende dar una visión actualizada de la figura de la servidumbre, para lo cual aborda dos aspectos esenciales o distintivos que hacen a la servidumbre en cuanto tipo dentro del sistema de derechos reales: el que su objeto sea exclusivamente inmobiliario y esa «parcialidad del goce», esa limitación en el mismo. Así, la servidumbre funciona como un derecho real de goce especial y doblemente limitado: primero, frente al dominio, pero luego, también con respecto a otros derechos reales de goce.

Palabras clave: Derechos reales, servidumbres

Abstract: This work aims to provide an up-to-date overview of the concept of easements, for which purpose it tackles two essential or distinctive aspects which go to make up easements within the system of *in rem* rights: the fact that they apply exclusively to real property, and the “partial nature of the enjoyment”, their inherent limitation. Thus, easements operate as a special and twofold-limited *in rem* right of enjoyment: first, with regard to ownership, but also with regard to other *in rem* rights of enjoyment.

Keywords: *In rem* rights, easements

sometidas a un plazo de duración (véanse la distintas causas de extinción de las servidumbres previstas en el art. 545 CC en su confrontación, sin ir más lejos, con las del usufructo recogidas en el art. 513 CC), siendo, por ello, uno de los argumentos de mayor peso para sostener la «parcialidad del goce»; en un sistema donde la libertad del dominio se protege como axioma imprescindible, la perpetuidad de algunos gravámenes solo podría admitirse cuando fuera conveniente desde un punto de vista social y económico, y no pervirtiera, por mermarlo en demasía, el contenido esencialmente típico de la propiedad.

La servidumbre funciona como un derecho real especial y doblemente limitado: primero, frente al dominio, pero luego, también con respecto a otros derechos reales de goce

Por consiguiente, la servidumbre funcionaría como un derecho real «especial y doblemente limitado»: primero, frente al dominio, pero luego, también con respecto a los otros derechos reales de goce que, pese a concebirse igualmente limitados, si se los contempla en comparación con el dominio, afectarían a este con apreciable intensidad. En este punto, fijémonos en que, al contrario de lo que ocurre con los derechos de usufructo, uso, habitación o superficie, las servidumbres nunca llegarían a sustraer al propietario, o a quien haga sus veces (al usufructuario, por ejemplo), de la posesión

efectiva sobre el inmueble. A lo sumo, su titular podrá ejercer actos posesorios sobre el mismo, sin que ello provoque más que una restricción, una limitación incidental en el normal uso del bien afectado⁽⁴⁾.

La «parcialidad del goce», o como, con términos menos enfáticos, pero, eso sí, más confusos, la «especialidad» de las servidumbres⁽⁵⁾, se trataría, en suma, de una noción básica para la comprensión de su lugar y función en el modelo español de los derechos reales. Es sorprendente, por ello, que, siendo de tan fundamental consonancia, el estudio de esta característica se haya dejado de lado frente a otras no tan significativas para la comprensión del sistema entero. La cuestión entronca directamente con el manido y socorrido término *utilitas*, la utilidad a cumplir toda servidumbre para serlo, concepto desfasado y confuso que no se corresponde, al menos desde las fuentes desde las que se basa, con las necesidades sociales más actuales. Afortunadamente, las cosas avanzan y nuestro Derecho Civil lo hace con ellas. En primer lugar, por la iniciativa legislativa autonómica catalana que a la mayor tradición del art. 530 CC en este punto («la servidumbre —recuérdese— es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño») ofrece una completa y actual definición de la servidumbre al concebirla como aquel «derecho real que grava parcialmente una finca, que es la sirviente, en beneficio de otra, que es la dominante, y puede consistir en el otorgamiento a esta de un determinado uso de la finca sirviente o en una reducción de las facultades del titular o la titular de la finca sirviente» (el subrayado, obviamente, me



pertenece). Se trata, con todas las reservas constitucionales del caso, del art. 566-1, punto primero, de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro V del Código Civil de Cataluña, que ya tuviera su precedente en el art. 6 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, del Parlament.

En el sentido del trabajo que se inicia en estas páginas, es un paso, sin lugar a dudas, decisivo, que actualiza tremendamente la visión acerca de la servidumbre como tipo; sin embargo, la incorporación previa en el mismo libro V de los llamados *derechos de aprovechamiento parcial*, de clara reminiscencia con las servidumbres estrictamente personales, hace que la inteligencia de la nueva normativa se disperse, obligando al intérprete a un esfuerzo innecesario de cara a la comparación necesaria entre figuras.

En segundo lugar, reciente doctrina (que nunca ha sido muy proclive a la problemática monográfica de las servidumbres, dicho sea de paso) ha incorporado con plenitud, y a partir del precedente de nuestra civilística clásica, la nota como definitoria del derecho real, recalcando su importancia caracterológica. En su magnífico tratado, REBOLLEDO VALERA justamente cierra con la «parcialidad de goce» (de goce y no *del* goce, precisamente aquí) el elenco de presupuestos y caracteres de la servidumbre real. Recuerda, citando variados precedentes, que en nuestro Derecho no resulta configurable «una servidumbre predial que, representando una utilidad de disfrute pleno y exclusivo del fundo sirviente, encierre todo el contenido económico del derecho de dominio en aquella facultad de disfrute del bien, que el derecho de servidumbre puede limitar, pero no suprimir, tesis que es la adoptada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1947, según la cual el Código Civil, al regular en el artículo 530 CC la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro de distinto dueño, pone de relieve su carácter de iura in re aliena que por coexistir con el derecho de propiedad ha de tener necesariamente un contenido limitado que disminuya el disfrute y el valor del predio sirviente, pero sin agotar ni poner en peligro la subsistencia misma del derecho gravado»⁽⁶⁾. Para, a continuación, consolidar la jurisprudencia, reciente, existente en la materia, citando las sentencias del Supremo, por supuesto, de 19 de febrero de 1996 y de 31 de febrero de 1999, siendo en esta última donde se declarara que «en las servi-

dumbres es preciso que se dé la parcialidad de la utilidad del fundo sirviente (especialidad), requisito que faltaría si la relación de servicio establecida entre los predios presuntamente dominante y sirviente no consiste en un uso parcial, sino en una utilización plena e integral de la finca, lo que puede, teóricamente, ser otro derecho real, pero no una servidumbre»⁽⁷⁾. DÍAZ FUENTES, en su también ambiciosa obra, hace especial hincapié en el mismo aspecto en cuanto sustancial para el entendimiento de la figura⁽⁸⁾.

La servidumbre es un derecho real de goce, lo que significa que proporciona una utilidad, utilidad que entre sus cualidades debe estar la de su parcialidad. El derecho real de servidumbre presentaría, así, dos notas esenciales: el ser *civiliter* y el ejercerse *civiliter*

Pero se antoja mucho más relevante, hasta definitoria, diría yo, la Sentencia de 7 de abril de 2006, como trae a colación ALONSO PÉREZ en el comentario al Código Civil dirigido, entre otros, por CAÑIZARES LASO y DE PABLO CONTRERAS⁽⁹⁾. La servidumbre es un derecho real de goce, lo que significa que proporciona una utilidad, utilidad que entre sus cualidades debe estar la de su parcialidad. El derecho real de servi-

dumbre presentaría, así, dos notas esenciales: el ser *civiliter* y el ejercerse *civiliter*. «En cuanto a la primera: justifica el contenido y la propia existencia de la servidumbre; esta debe prestar una utilidad sirviendo a un interés del predio dominante (en beneficio de otro, dice el artículo 530 CC), por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona. En cuanto a la segunda: el ejercicio del derecho de servidumbre debe ser adecuado al interés, en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente». Terminológicamente, se da, con estas palabras, un gran salto, pues lo que antes solo hacía al modo, al contenido, a la manera de ejercitarse la servidumbre sobre el predio gravado, emerge ahora a un estado superior. El ejercicio de las servidumbres, a partir de la máxima del menor perjuicio, o del uso más ajustado, proporcionado o estricto (*uso civiliter*) respecto del fundo gravado, no es más que la consecuencia de la «parcialidad de goce» que rige todo su significado.

Antes, con título o sin él, en la duda sobre la extensión y las modalidades de ejercicio de la servidumbre, el criterio no pasaba de limitar a que la utilidad se realizare del modo menos gravoso con respecto al fundo sirviente. Surge así del primer aspecto en que se concreta la sentencia que la servidumbre debe usarse de modo *civiliter*, de





manera que el propietario o poseedor del fundo sirviente no solo podrá exigir que el ejercicio de la servidumbre se desarrolle del modo menos perjudicial posible mientras no se prive al titular de la servidumbre de sus ventajas, sino que este, por obra de la buena fe que ha de regir las relaciones, deberá comportarse teniendo bien presente la pauta. Pero todo ya, como digo, desde una perspectiva claramente superior y superadora. La servidumbre no es un derecho inmobiliario que se distinga sin más del usufructo en objeto y contenido, sino que cumple con un propósito de aprovechamiento parcial de los predios beneficioso para el conjunto de la comunidad.

Resta, por último, indicar que el propio concepto de la *parcialidad de goce* ha calado, la propia esencia que hace al tipo de la servidumbre, sea pública o privada, fuera del Derecho Civil. Por *administrativa* se entiende la servidumbre, así, el gravamen, por tanto, que se autoriza por una entidad pública sobre un inmueble de dominio privado por una razón de interés general; se trata de «*aquellos gravámenes reales tendencialmente perpetuos que recaen sobre un fundo privado por una causa de utilidad pública o interés social legalmente tipificada, ya sea en beneficio y protección de un bien de dominio público o ya para la satisfacción de una necesidad colectiva, y que se caracterizan porque el régimen de protección de la concreta y limitada utilidad en que consiste el gravamen se rige por principios y procedimientos del Derecho Administrativo*»⁽¹⁰⁾.

II. SERVIDUMBRES PERSONALES Y DERECHOS DE APROVECHAMIENTO PARCIAL

Desde el primero de los criterios para su clasificación, las servidumbres pueden ser reales o personales. Se estima real, predial, la servidumbre que se constituye en favor de un fundo, que se llama *dominante*, sobre otro contiguo, próximo o vecino, que se denomina *serviente*; es, pues, el concepto elemental del que surge el concepto del mentado art. 530 CC. Es personal, en cambio, la servidumbre que se establece en pro de alguna persona determinada, prescindiendo de la propiedad que esta persona pueda tener sobre otro inmueble (dispone el art. 531 CC), sin tomar en consideración ni resultar preciso que sea propietario de inmueble alguno⁽¹¹⁾.

Pese a la denominación que se acoge para el segundo tipo, no debemos tener dudas: se califique la servidumbre ya como real, ya como personal, la servidumbre, en cuanto tal, será gravamen, derecho real (sobre cosa ajena), en definitiva, por lo que, por principio, habrá de oponerse, tendrá que ser respetada por quien adquiera el bien gravado después. Cuestión distinta es que la servidumbre haya de extinguirse con el fallecimiento de su titular, del sujeto en cuyo favor se haya constituido, algo que se discute especialmente en relación con las servidumbres personales, precisamente por su carácter.

Como servidumbres personales, la jurisprudencia ha destacado los derechos de ventana y balcón para presenciar las fiestas, de butaca o palco en los teatros, de caza o pesca, etc. Como puede apreciarse, habría más una razón de mera comodidad o de recreo que de utilidad rural, agrícola o edificación

En efecto, dentro de las servidumbres personales, cabría distinguir, a su vez, dos especies: las «*simplemente personales*», que son transmisibles, *inter vivos* y *mortis causa*, no extinguiéndose, entonces, con el fallecimiento de su titular, y, frente a ellas, las «*personalísimas*», que se extinguirían con la persona de su titular y que no podrían transmitirse a terceros. Habrá de estarse a la voluntad manifestada en el título constitutivo para determinar sobre el particular, entendiéndose, en caso de duda, que la servidumbre es del segundo tipo, esto es, personalísima y, por tanto, intransmisible, en cuanto pauta de interpretación favorable a la libertad de los fundos y que rige en el punto⁽¹²⁾. Dando el caso por servidumbre, porque si del título no surge ni siquiera la primacía del goce o este se condiciona gravemente al cumplimiento de una serie de obligaciones, no habría ni servidumbre⁽¹³⁾.

Como servidumbres personales, la jurisprudencia ha destacado los derechos de ventana y balcón para presenciar las fiestas (Sentencia de 30 de noviembre de 1908), de butaca o palco en los teatros, de caza o pesca, etc. Como vemos, habría más una razón de mera comodidad, de recreo, que

de utilidad rural, agrícola o edificación, en tales ejemplos, algo que puede servirnos para una mejor calificación del supuesto. En todo caso, serían servidumbres personales en tanto en cuanto se hayan previsto, se hayan constituido en provecho de una persona en concreto, pues si en el título se despachan en favor de quien sea propietario de un bien vecino por el hecho de serlo, serían servidumbres reales, sin que esa utilidad de mayor comodidad o recreo impida que así se califiquen y puedan tenerse a la postre como perpetuas.

En todo caso, y dada la complejidad del trasunto, desde el ya clásico intento clarificador de OSSORIO MORALES⁽¹⁴⁾, conviene apuntar las siguientes notas en relación con la categoría de las servidumbres personales:

- a) Las servidumbres personales, no nos confundamos, son, ante todo, derechos reales, que acompañan, en su calidad de gravámenes, de derechos oponibles (no habiendo dudas, siendo el caso, sobre la causa de tal oponibilidad), al dominio sobre el fundo sirviente.
- b) Las servidumbres personales no necesitan, debe reiterarse, de un segundo fundo, de un fundo dominante: su exigencia carece de sentido.
- c) El carácter personal (y, con más razón, el personalísimo o no, transmisible o no) de las servidumbres vendría dado por la voluntad expresa de los interesados o, en su defecto (algo muy propio en la práctica), por el hecho de haberse constituido con miras al placer o comodidad de un individuo en concreto. Ante la duda, el carácter sería claramente intransmisible, siendo la otrora servidumbre insusceptible de disfrutarse por los herederos de quien hasta entonces había sido su titular. No se olvide que, frente a la libertad de la propiedad como principio, la servidumbre es de consecuyente y necesaria interpretación restrictiva.
- d) En cuanto servidumbres, las personales responden a los parámetros básicos de la figura, por lo que no pueden recaer sobre una cosa propia, plasmarse en un hacer (en un *facere*), ni incidir sobre el conjunto o la mayor parte de las posibles utilidades del fundo que graven. En este sentido, aun cuando en el caso se llegue a considerar transmisible, la «parcialidad de goce» seguiría siendo el ma-



tiz que diferenciaría la servidumbre, en el caso más concreto del que ahora nos ocupamos, del derecho de usufructo.

- e) No parece, además, que las servidumbres personales puedan tener un contenido negativo, dado que las servidumbres *in non faciendo* se legitimarían justamente por la favorable repercusión que su establecimiento ha de producir en el aprovechamiento de un fundo próximo al gravado, inmueble sin cuya existencia la limitación que se pretendiera imponer se reconduciría al ámbito más apropiado de los derechos de crédito. Evidentemente, si se parte de una acepción técnica y exclusivamente material del «goce», es obvio que las servidumbres negativas se situarían fuera de la categoría. Pero, jurídicamente, el concepto se brinda mucho más amplio: será «goce» todo aprovechamiento que haga una persona de una cosa, ya sea directamente a través de los rendimientos que su utilización inmediata le proporcione, ya sea indirectamente al imponer el sacrificio de alguna de sus potencialidades en beneficio de un fundo próximo, el cual, como consecuencia, habría de aumentar de valor o, cuando menos, preservarlo. Aún más: todas las servidumbres incorporarían, con respecto al fundo de otra persona, un aprovechamiento, un disfrute, un «goce» en el amplio sentido de la palabra, pero no todas su uso. Así, las negativas se distinguirían de las positivas en que no autorizarían la invasión física de la heredad sirviente, y también en que su titular no pudiera emprender actividad alguna en ella. Y ello aunque el propietario hubiera hecho ejecutar trabajos contrarios a la servidumbre, supuesto en que el titular debería instar el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado, a costa, lógicamente, del propietario⁽¹⁵⁾.

Todo lo anterior era el panorama hasta que llegaron (con el muy elemental precedente navarro) los derechos de aprovechamiento parcial del Derecho catalán, con intención de cambiar, para mejorar, claro está, la claridad al respecto. La regulación en la materia en los cuatro preceptos que a ella se dedican, junto con la imprescindible monografía de NAVAS NAVARRO en defensa del instituto, no convencen⁽¹⁶⁾.

Primero, por su falta de rigor sistemático, al ubicar la novedad más cerca de derechos como los de superficie y censos (con el enfitéutico a la cabeza), descabalgando toda la lógica, hasta jerárquica, de los derechos limitados de goce, de disfrute. La novedad que consistía en dotar de regulación a las servidumbres personales, evitando mayores connotaciones históricas pero clave para su entendimiento, la resume la autora citada advirtiendo, sin mayor profundidad, que «*en lo que concierne a derecho real de servidumbre, la distinción puede ser, en principio, sencilla, ya que este supone la creación de una relación entre fincas, la finca dominante y la finca sirviente, mientras que, en el derecho real de aprovechamiento parcial, la relación se constituye a favor de una persona con independencia de toda relación entre fincas (art. 563-1 de la Ley 5/2006⁽¹⁷⁾ y Ley 394 CN⁽¹⁸⁾. Sería, en este sentido, una distinción también sencilla de trazar en el seno del Código Civil⁽¹⁹⁾. Pero eso es precisamente lo más confuso de la propuesta: que el derecho de servidumbre como tipo jurídico real se caracteriza de suyo (iure proprio, si se prefiere) por constituir un «aprovechamiento parcial» fundiario, más allá del régimen jurídico a que se atenga, la incidencia que se permita a su respecto de la autonomía privada y las cuestiones de política legislativa que se impongan, en fin, de turno⁽²⁰⁾.*

En el ordenamiento español, estamos más cerca de la creación por los particulares de nuevos derechos reales que de un tajante *numerus clausus* en la materia. Se impone una suerte de tipicidad no ya legal, sino causal, en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección

Se trataría, en suma, de evitar caer en errores del pasado, en que una dogmática excesivamente cuantitativa según el grado de afectación sobre el inmueble, atributos y cualidades definiría la clase concreta de derecho real ante la que nos encontraríamos, con remisión a un estatuto normativo que ha venido demostrando que, cuando las partes se ponen a pactar, quieren una mayor claridad conceptual en torno a la tipolo-

gía de derechos. Desde aquí, enténdaseme bien, se valora con encomio el esfuerzo de legisladores y doctrina, pero creo que, al final, el sistema en bloque puede quedar resentido por un alarde innecesario con lo que teníamos. Los problemas del usufructo limitado llamado hasta *irregular*, aquel que siempre pueden modular según sus intereses las partes, y su confrontación con la autonomía con el derecho de uso (curiosamente tan en boga, al menos en cuanto instituto ya no exclusivamente jurídico-real), seguirían dando motivos para la inquietud al estilo de la que se trata de evitar en estas páginas mediante lo dicho.

La conclusión a la que se llega no parece equívoca, desde el momento que es seguida en su mejor obra por RIVERO HERNÁNDEZ, la que dedica integral y muy recientemente al usufructo⁽²¹⁾. Con este, advierte el autor la distinción teórica de los derechos de aprovechamiento parcial, partiendo de la regulación legal autonómica, y de su similitud fundamental con las servidumbres personales, «*con las que es elemento común lo parcial del aprovechamiento*»⁽²²⁾, y que cabe concretar finalmente «*en la posibilidad de constitución de estos aprovechamientos con carácter real o personal (cfr. art. 563-1 CCCat), el tipo de limitación temporal (art. 563-2 CCCat) y su redimibilidad (art. 563-3 CCCat)*»⁽²³⁾. En todo caso, continúa, «*no ayuda mucho, sin embargo, para esta distinción, a partir de los textos legales, la indefinición de su contenido*», siendo todo él muy vario, afirma (desde aprovechamientos semejantes a servidumbres personales clásicas —derechos de palco o de balcón, apacentar ganado, aprovechamientos forestales, podar árboles y cortar matas— a otros nuevos: «*obtener algunas de esas utilidades a cambio de rehacer o conservar los recursos naturales y paisajísticos de las fincas ajenas —relacionados con los contratos para la conservación del territorio del Derecho anglosajón—, y a ciertos derechos de paso por finca ajena —acceso a playas o similares— a favor de personas o entes públicos, de naturaleza real y distintos de las servidumbres reales porque no hay predio dominante, sino personas como titulares*»⁽²⁴⁾. Por lo demás, la delimitación fundamental de estos derechos «*habrá de buscarse en el mismo terreno y notas diferenciales que las servidumbres personales, a las que han sustituido por razones técnico-jurídicas, más que reales o prácticas*»⁽²⁵⁾.



III. LA SINGULARIDAD DE LAS SERVIDUMBRES FRENTE A LA TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

A. El sistema español de tipicidad en materia de derechos reales

En el ordenamiento español puede concluirse, con doctrina y jurisprudencia, que estamos más cerca de la creación por los particulares de nuevos derechos reales que de un tajante *numerus clausus* en la materia. A eso quiere referirse, finalmente, cuando hablamos de una suerte de tipicidad causal de los derechos reales. Caben nuevas fórmulas, pero para que queden dentro del sistema y obtengan la ansiada oponibilidad, *ergaomniolidad*, *ergaomnicidad*⁽²⁶⁾, se debe pasar por el cumplimiento de una serie de requisitos. El más elemental (muchas veces se nos escapa) es que la figura pretendida no exista ya, no esté prevista ya por el legislador, aun con distinta amplitud, porque, si lo ha hecho, aun confiando en la razón del precedente institucional, los interesados deberán estar (y respetar) el núcleo esencial que tipifica esa figura, a la que ni siquiera habrán hecho (o querido hacer) referencia.

Pero, en la exposición, por la importancia del tema, debemos ser más ordenados, entre otras razones, porque se lo debemos a la «parcialidad del goce», que hace a la estructura típica de la servidumbre como derecho real. Para empezar, en este punto, antes que de *numerus clausus*, prefiero hablar de *tipicidad*, pues engloba como principio todo el contenido de definición de situaciones jurídico-reales oponibles declaradas o admitidas en Derecho. A la postre, ello no está nada lejos de la visión doctrinal que, ante el silencio del Código, conviene en defender la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad⁽²⁷⁾. Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y «*otros cualesquiera derechos reales*» (art. 2 LH), o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste «*cualquier acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*» (art. 7 RH).



Ahora bien, como ya se ha introducido, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o que carezcan de la suficiente justificación económica o social. En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 5 de junio de 1987):

La configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga omnes del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el numerus apertus reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. arts. 2 LH y 7 RH) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas.

En suma, en el ordenamiento español se impone una suerte de tipicidad no ya le-

gal, sino causal, en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección⁽²⁸⁾; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados. Y, por ello mismo, si la figura pretendida conculcara el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines, no podría adoptarse.

Influido por la mejor doctrina angloamericana, y desde la visión tan abandonada por los juristas latinos, al menos patrios, del análisis económico del Derecho, MÉNDEZ GONZÁLEZ nos da una visión mucho más actual de la razón causal de nuestro sistema en materia de derechos reales y de lo que es más importante: su corrección⁽²⁹⁾. Dice así:

Si el sistema legal permitiera una amplia variedad de iura in rem, los terceros deberían adquirir y procesar más información en cualquier momento que encontrarán cualquier cosa protegida por un ius in rem.

Si los iura in rem fueran ampliamente personalizables —en el sentido en el que lo son los iura in personam—, entonces la costosa carga informacional que se impondría a los terceros se convertiría en intolerable.



Cada tercero —dutyholder— incurriría en grandes costes en informarse él mismo o se vería obligado a violar, incluso por desconocimiento y contra su voluntad, los derechos de propiedad de todo lo que esté en el mercado, disipando los beneficios de inversión, seguridad y planificación que esos derechos significan.

Si, por el contrario, el ordenamiento jurídico define cuál es el nivel máximo de aprovechamiento de los bienes por los particulares —derecho de propiedad—, los terceros saben que, respetando las facultades que integran dicho nivel de aprovechamiento, no vulneran ni la propiedad ni ningún *ius in re aliena*, que no serían sino una o varias de las facultades integrantes del dominio, el *ius in rem per antonomasia*. Y si, además, en materia de inmuebles, se establece el principio de que no hay bienes inmuebles *nullius*, sino que todo inmueble pertenece a alguien, los costes de información en los que, en otro caso, deberían incurrir los terceros para no violar el contenido material de los *iura in rem* desaparecen⁽³⁰⁾.

B. El pretendido *numerus apertus* respecto de los derechos de servidumbre y la «parcialidad del goce»

Frente a todo lo dicho, las servidumbres se manifestarían todavía con mayor especialidad, si cabe, algo que surge del mismo hecho de que sean el único derecho

real regulado en el Código Civil cifrado en plural. Efectivamente, el de servidumbre es el único tipo jurídico-real que no se enuncia singularmente. Sin duda, ello responde a la versatilidad de la que se ha hablado en relación con el contenido posible del derecho, aunque también a las distintas clases que se discriminan en su seno. El asunto no es menor, dado que según ante la que nos hallemos, en la mayoría de las ocasiones habrán de aplicarse relevantes especialidades normativas.

Pero no es cuestión, no al menos aquí, de entrar en los distintos criterios clasificatorios conocidos más allá de lo que sea realmente necesario para el tema de este estudio; cualquier manual al uso puede hacer las veces. La cuestión importante en realidad es que en todo ese conjunto de servidumbres, aparentes o no, continuas o discontinuas, positivas o negativas, etc., no se llegue a naufragar llegando a sostener el *numeroaperturismo* en materia de servidumbre. O lo que es lo mismo: que cualquier derecho real tenido y llamado por tal sea servidumbre. La servidumbre, como tipo, tiene su contenido mínimo o esencial, donde residen sus límites, por lo que solo puede serlo el derecho inmobiliario convenido con ánimo de trascendencia (oponibilidad a terceros) y basado en la menor incidencia material (aun siendo la servidumbre negativa)⁽³¹⁾ que supone como gravamen.

Que el goce, desde un punto de vista estrictamente positivo, que la utilidad, mejor dicho, para englobar también los servicios que por abstención u omisión pueden favorecer al titular del fondo dominante en una servidumbre negativa, pueda ser de tan diversa índole es la idea que transmite el propio Código Civil cuando establece que «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público» (art. 594 CC)⁽³²⁾. Así se introducen, frente a las legales, forzosas o coactivas, las servidumbres que, por ello, se llaman *voluntarias*, aquellas cuya constitución viene determinada exclusivamente por la voluntad de los particulares; cuya constitución, en suma, no cabe reclamar judicialmente. Podrán adquirirse por usucapión, es cierto, con los agravados requisitos que legalmente se señalan, pero sin su concurrencia no podrán establecerse sino por un título convencional, un negocio jurídico por el que preste su consentimiento el titular del fondo que haya de resultar gravado.

Pero la tipicidad de las servidumbres es de mero segundo grado, es tipicidad normativa o específica⁽³³⁾, pues no existen otros derechos reales que bajo ese nombre puedan obtener oponibilidad y, menos aún, perpetuidad sobre inmueble ajeno, si no se cumple con la estructura típica que hace a la servidumbre como tal. Cabe la diversidad de contenidos, utilidades, servicios, hasta abstenciones, pero la servidumbre será atípica solo porque no esté nominada entre las que refiere la regulación. Nada más. En lo demás, la tipicidad específica es irrelevante para el correcto entendimiento del principio de *numerus clausus* (allí donde se imponga), pues lo que importa en cada caso es que no se altere el contenido esencial del tipo genérico, es decir, la tipicidad sustantiva de los derechos reales implicados; tratándose de servidumbres, la atribución de una concreta utilidad en consideración a un fondo o persona determinada⁽³⁴⁾.

Es momento este (siempre lo es) para citar el genio de BIONDI (con todo el mérito de partir de las fuentes romanas sacudidas después de tantos siglos) cuando afirma que «la servidumbre, como derecho real, es una institución típica, de la misma forma que el usufructo, el contrato o el testamento». Y continúa:



Son derechos reales solamente aquellas figuras reconocidas como tales por la ley. Siempre constituyen un círculo limitado y cerrado. Son aquellos susceptibles de interpretación extensiva, pero sin que esta altere la estructura de cada uno. Mientras que pueden ser atípicos los contratos y los actos ilícitos porque determinan relaciones puramente personales entre dos sujetos, son limitados y taxativos los derechos reales porque importan una relación objetiva de una cosa, y la ley es, por naturaleza, contraria a tales vínculos. Cada uno puede vincular su libertad y su patrimonio, pero no la cosa en sí, de manera que se origine una relación de esta que se pueda hacer valer, como se suele decir, frente a todos. Esto explica por qué el círculo de los derechos reales, desde el Derecho romano hasta nuestros días, no ha tenido aquel imponente desarrollo que ostenta la categoría de los derechos personales⁽³⁵⁾.

C. La estructura típica de toda servidumbre

Dejando a un lado el objeto estrictamente inmobiliario, fundiario de la servidumbre, conviene advertir en sus rasgos más básicos, reiterando quizás aspectos ya comentados, que el tipo que conforma como derecho real presenta los siguientes caracteres:

a) Lo primero que caracteriza a la servidumbre es el fin perseguido concretado en un servicio, un goce, una utilidad que cumple en favor del titular (de ordinario, dejando aparte las servidumbres negativas, del fundo dominante). Utilidad que incluye desde las fuentes la amenidad, la comodidad, el solaz, hasta el recreo.

Frente a otros derechos, los que fueran tenidos desde Justiniano por servidumbres personales, el concepto de *servicio* mismo como sinónimo de la propia servidumbre es clave, pues, en palabras de MESSINEO, no supondría un «*sfruttamento totale del fondo servente [...] ma un singolo servizio o utilità di intensità minima, in confronto alle molte altre possibilità che ha il proprietario di sfruttare per sé il fondo servente*» (el subrayado le pertenece)⁽³⁶⁾.

La utilidad, el interés implicado a favor de un fundo, es, en esta dirección, la clave, la causa, el fundamento por el que se pretende la servidumbre, y puede, por ello, repercutir en su propia existencia desde que se le pide, hoy en día, que se sujete al menos a una cierta idea de permanencia, de latencia⁽³⁷⁾.

La utilidad, el interés implicado, es la clave, la causa, el fundamento por el que se pretende la servidumbre, y puede, por ello, repercutir en su propia existencia desde que se le pide, hoy en día, que se sujete al menos a una cierta idea de permanencia, de latencia

En todo caso, según como plasmen ese su interés, bien pueden indicar que esa utilidad se cumpla únicamente entre ellos, sin mayores pretensiones de oponibilidad, de beneficio intergeneracional. Hay servidumbres conocidas que son difíciles que se convengan así, como la de paso, acueducto, etc.; en el caso de estas servidumbres nominadas, por conocidas, por arraigadas, la inoponibilidad debe quedar claramente excluida en el negocio constitutivo. Es decir, el goce, el servicio, la utilidad puede constituir nada más que un derecho obligacional.

b) La utilidad no puede consistir en un *facere*, en una obligación, por demás pretendidamente oponible a terceros adquirentes, a cargo del titular, del poseedor del fundo sirviente. El tema que se vincula hasta con la libertad patrimonial de las personas, de los compromisos personalmente adquiridos, debe quedar aquí, sin abrir la caja de los truenos de los derechos reales *in faciendo*, excepcionales, como mucho, en nuestro sistema. En todo caso, se trata de una hipótesis rechazable en virtud de la nota esencial de la inmediatez, inmediatez que hace a los derechos reales, y que hace, mediante el debido juego de la publicidad, que terceros se vean afectados por intereses por ellos no convenidos.

c) La utilidad que conlleva la servidumbre no puede cercenar hasta su anu-

lación el derecho de propiedad, no es instrumento para poner en riesgo en términos modernos su función social. Repele, pues, el ordenamiento las servidumbres sin sentido económico, de mera repercusión vecinal, si se me admite la expresión. No caben servidumbres por capricho, como recuerda el genio de BIONDI; al interés público le repugna admitir gravámenes en la propiedad que no conlleven utilidad objetiva alguna⁽³⁸⁾.

d) Y con más razón, admitido como ya está aquí dicho por medio del derecho de servidumbre, exclusivamente cabría conceder poderes de carácter específico, correspondientes a otras tantas utilidades que determinasen limitaciones singulares de la propiedad ajena. Nunca podrían llegar estas al punto de anular la propiedad. Si en un acto, aunque fuera calificado como constitutivo de servidumbre, el propietario del fundo sirviente se reservara solo algunas facultades, mientras todas las demás se le transfiriesen al propietario del otro fundo, se produciría un «derrumbamiento» o «mescolanza» de situaciones jurídicas para nada deseable. De modo tal que si lo convenido no entrara en el esquema del usufructo, ni tampoco en el de la servidumbre, pues, como se sostiene, una servidumbre de carácter general no estaría admitida, tampoco podría considerarse el negocio «*como constitutivo de un derecho real sui generis, dada la tipicidad de los derechos reales*»⁽³⁹⁾. Y en su intento por dejar bien clara la idea, advertía que, aunque los poderes del propietario pudieran ser excluidos o limitados por concretas y determinadas servidumbres, no podría hacerse lo propio a través de una suerte de servidumbre general que redujera la propiedad casi a cero; por esta vía, se desnaturalizarían el contenido y la esencia del dominio, resultando lo único conciliable el que la servidumbre coexista con la propiedad sin derogarla⁽⁴⁰⁾. Visto lo cual, en la servidumbre se observaría una importante contradicción: por un lado, se trataría, quizás, del derecho real concebido para lograr una mayor y más variada gama de posibilidades prácticas, al extremo de haberse llegado a discutir a su respecto, como ha quedado explicado, la pretensión vigencia del *numerus clausus*; por otro lado, aparecería positiva y consustan-

cialmente restringida en su proyección, en cuanto al grado de perjuicio o afectación en relación con la finca.

D. Consecuencias de todo lo anterior en relación con la constitución de servidumbres

Con todo lo anterior, y tras recordar las limitaciones a las que está sujeto el régimen español en cuanto a la libertad de derechos reales, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS dispone dos exigencias de peso tras preguntarse qué servidumbres (voluntarias, claro está) pueden ser constituidas⁽⁴¹⁾. Ambas condiciones se mueven directamente en el contexto de este trabajo, y es por eso que se comparten a continuación.

El principio de libertad de propiedad exige que la servidumbre responda a una causa o utilidad que permanentemente justifique los efectos reales de la limitación del dominio que la servidumbre implica, es decir, no puede haber servidumbre (limitación del dominio) sin utilidad

En primer lugar, es necesario que el contenido (facultades) de las servidumbres quede determinado, y esto exige, por regla general, no solo que haya de quedar determinado el inmueble sobre el que recae, sino incluso la concreta porción material que deba quedar, en su caso, afectada por las facultades localizables integrantes del derecho.

En segundo lugar, pero en todo caso, el principio de libertad de propiedad exige que la servidumbre responda a una causa o utilidad que permanentemente justifique los efectos reales de la limitación del dominio que la servidumbre implica (no puede haber servidumbre —limitación del dominio— sin utilidad). Tratándose de servidumbres prediales, la causa está en el beneficio efectivo que obtendrá el fundo dominante, cualquiera que sea su titular (por razón de oponibilidad).

(1) ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, vol. III, Ed. Edisofer, Barcelona, 2004, p. 571. La «parcialidad» de las servidumbres

aparece simplemente mencionada por Guilarte Gutiérrez al centrarse, como tantos otros, en el concepto de *utilidad* tan disperso en la materia (cfr. *La constitución de servidumbres voluntarias en el Derecho español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 17, 22 y 23). No comete ese error PEÑA Bernaldo de Quirós, quien, mucho más actualmente, advierte que las servidumbres son derechos reales limitados de goce que se caracterizan «porque el goce se restringe a determinados servicios o utilizaciones» (*Derechos reales: Derecho hipotecario*, vol. I, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 646).

Como ejemplos de servidumbre, sirvan los supuestos por WESTERMANN (cfr. *Derechos reales*, vol. II, trad. al español de la 7.ª ed. alemana, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007, p. 1412) en relación con la utilidad del derecho:

a) *En una fábrica de ladrillos, se prevé que pronto se agotarán las existencias de arcilla existentes en la finca. Es por ello que al propietario de la fábrica le gustaría obtener de una finca vecina un derecho, absolutamente protegido, a extraer arcilla.*

b) *A favor de una finca enclavada en una zona montañosa existe el derecho de talar leña en un bosque vecino y utilizarla para construir y como combustible en invierno. En caso de nevada, puede también el beneficiario conducir su ganado al bosque.*

c) *Una persona tiene un hotel en un balneario: a favor de ese hotel existe el derecho a que los inmuebles vecinos no lleven a cabo construcciones que perjudiquen las vistas que tiene el hotel.*

d) *Una refinería necesita construir un oleoducto hasta un puerto; la refinería se plantea construir el oleoducto por debajo de unas fincas que no son de su propiedad.*

(2) Lacruz Berdejo, J. L. [et al.], *Elementos de Derecho Civil: I*, vol. III-2.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 101. Dice exactamente el maestro: «Por último, el derecho real de servidumbre se caracteriza por consistir su contenido, para provecho del fundo dominante, en un goce de alcance parcial y limitado sobre el predio sirviente. En razón de esta nota, que se suele conocer como de “especialidad” de la servidumbre, habría de excluirse la posibilidad de la constitución de una servidumbre general o universal que comprendiera todas las utilidades de la finca (S. 23 de marzo de 1963) y vaciara sustancialmente de contenido al derecho de propiedad».

Y cita a continuación, cual muy interesante precedente, la Sentencia de 18 de diciembre de 1958, donde se definiera el derecho real de servidumbre como «participación parcial en los usos que proporcionan las cosas ajenas en beneficio de las nuestras». Los actualizadores de su obra citan, asimismo, la Resolución de 21 de febrero de 2000, referida a una servidumbre que «no absorbe en la práctica la totalidad del goce cuando, por amplia que sea, se limita, aparte de ser temporal, a determinadas facultades de utilización del predio sirviente por parte de los propietarios de los predios dominantes (en el caso, estos podían afectar una zona colindante de la finca sirviente a jardín, desahogo, paso o esparcimiento, efectuando potencialmente plantaciones, aunque no edificaciones, y pudiendo ubicar en ella una piscina y cercar para uso exclusivo dicha zona “englobándola en el perímetro de la finca dominante”). Ello se relaciona —continúan exponiendo— directamente con el anteriormente indicado carácter de la servidumbre de su virtual perpetuidad, por relación al cual, como explica Castán, las servidumbres reales no pueden consistir sino en singulares o particulares servicios rendidos por el fundo sirviente al dominante, pudiéndose, en sentido inverso, afirmar también que es precisamente la exigencia de la especialidad de la servidumbre lo que consiente su posible duración indefinida, en contraste con la temporalidad del usufructo o la redimibilidad de la enfiteusis» (ibidem).

(3) En otro lugar ya nos hemos referido al tema, aunque desde un punto de vista panorámico y en relación con la repercusión que tiene en cuanto a la prioridad entre derechos reales. Puede observarse que, «cuanto mayor sea la proyección material de un derecho real, menores serán las posibilidades de que concorra con otros. Una cosa solo puede tener un propietario, al igual que un usufructuario o superficiario, derecho el de estos que, sin llegar a considerarse pleno, como el dominio, incide con fuerza sobre las utilidades materiales que la cosa está destinada a proporcionar. Por el contrario, allá donde se compruebe una “parcialidad en el goce” (servidumbre) o, incluso, una ausencia total de disfrute (hipoteca), la concurrencia será mucho más probable. De lo que se infiere la repercusión que en todo este asunto ha de tener la naturaleza, mueble o inmueble, de la cosa. Y es que la posesión natural, material, de bienes muebles no resulta posible con carácter parcial, al contrario de lo que



sucede con los inmuebles, a cuyo respecto sí cabe que varias personas ejerzan actos posesorios con simultaneidad (propietario, titular de una servidumbre de paso, usuario, etc.)» (DE REINA TARTIÈRE, G., Derecho Civil: Derechos reales, Ed. CEF, Madrid, 2012, p. 57 y 58). En contra, y para las servidumbres (por supuesto, positivas), en un planteamiento por completo superado, advertía TAMAYO que la servidumbre, frente al usufructo inmobiliario (se entiende), «no supone nunca posesión de la cosa por parte del titular del derecho; podrá suponer ocupación temporal del inmueble, uso temporal o permanente, pero nunca una situación posesoria paralela a la que supone el usufructo y que es necesaria para su existencia» (El derecho real de servidumbre: Estudio de una revisión del Código Civil en materia de servidumbres, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, p. 74).

- (4) En su contenido, por tanto, entre las servidumbres y el derecho de usufructo, siquiera en esa variedad restringida que pudiera implicar de este el derecho de uso, habría una importante diferencia, y es que, mientras las servidumbres conferirían al titular una facultad específica y determinada de goce, de aprovechamiento o limitación del bien gravado en beneficio de quien sea el titular del derecho, el contenido de los derechos de usufructo y uso se determinaría «de un modo genérico»; específicamente tratándose del uso, este no atribuiría utilidades singularmente determinadas, sino un complejo de ellas, condicionando su extensión y ejercicio, a diferencia del usufructo, a las necesidades del usuario y su familia.
- (5) «La llamada especialidad de la servidumbre —exigencia que debe valorarse, ciertamente, con la necesaria flexibilidad (Resolución de 4 de agosto de 2006)— se relaciona directamente, en efecto, con los propios planteamientos legales del esquema diseñado por el Código Civil sobre la organización de los derechos reales, dentro del cual la figura alcanza su específica tipicidad característica por referencia distintiva a los diversos iura in re aliena, que o bien, en cuanto a los de goce, comprenden y absorben genéricamente las utilidades de que es capaz la cosa, como el usufructo, la enfiteusis, la superficie o la rabassa morta, o bien afectan a utilidades concretas de las que es susceptible la cosa para configurar, en conexión con una particular utilidad específicamente contemplada, una titularidad tipificada sobre aquella concreta afectación, como en el caso del uso y de la habitación, o pa-

ra conformar en razón de la versatilidad con que en la práctica se puede proyectar la utilidad aunque sea parcial o particular en cuanto al restringido alcance de su entidad, un derecho que únicamente de manera abstracta se refiera a ella, como es precisamente el caso de la servidumbre» (LACRUZ BERDEJO [et. al.], ob. cit., p. 102). Volveremos, dado su pleno interés, al problema de la tipicidad en general de los derechos reales, y no solo de la libertad constitutiva que se predica de las servidumbres.

- (6) REBOLLEDO VALERA, A. L. (coord.), *Tratado de servidumbres*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 76 y 77: «Por ello, cuando se constituya voluntariamente un derecho de estas características, no nos encontraremos ante una servidumbre, sino ante un derecho personal, con la esencial temporalidad, o a lo más ante un derecho de usufructo, y en cuanto a su constitución forzosa con el carácter de servidumbre, como en el supuesto del artículo 564 CC, debe concluirse que no es posible, pues ello implicaría algo muy similar a una expropiación forzosa en interés exclusivamente particular, lo que no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico».
- (7) Ambos subrayados, llegados a este momento, me pertenecen.
- (8) Cfr. *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 96 y 97.
- (9) Cfr. *Código Civil comentado*, vol. I, Ed. Thomson Reuters–Civitas, Madrid, 2011, p. 2094.
- (10) *Las servidumbres administrativas: Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 114. El Código Civil se refiere a ellas cuando, después de advertir que «las servidumbres legales tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares» (art. 549 CC), agrega que «todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título», es decir, el relativo a las servidumbres del Derecho común (art. 550 CC). Un ejemplo sería la servidumbre de paso de energía eléctrica que se regula en los arts. 52 y s. de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, y se constituye conforme a las pautas propias de la expropiación forzosa. Puntualmente, si la servidumbre es de paso aéreo, comprenderá, «además del vuelo sobre el predio sirviente, el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la sustentación

de cables conductores de energía»; si es de paso subterráneo, comprenderá «la ocupación del subsuelo por los cables conductores, a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable».

En esta tesitura, el rasgo sustancial de las servidumbres administrativas residiría en el interés colectivo, utilidad social que subyace en su constitución, matiz que de por sí se mostraría suficiente como para impugnar la unidad de género, obviando la lisa y llana aplicación de la normativa civil en la materia, que si permite la exigencia judicial de ciertas servidumbres (llamadas, por ello, *legales*, aunque mejor *coactivas* o *forzosas*), lo hace en «interés de los particulares», por «causa de utilidad privada», dice el art. 551 CC.

- (11) Un ejemplo clásico de servidumbre real sería el derecho de acequia, de acueducto, por el cual el agua pueda derivarse de un fundo a otro. Uno de servidumbre personal sería, en cambio, aquel por el cual Pedro constituya a favor de Juan el derecho a poder entrar en su finca para cazar (claro está, en temporada).
- (12) Frente a las servidumbres personales, las reales, por su parte, no plantean mayores problemas en lo que concierne a su transmisibilidad, pues no pueden enajenarse de manera independiente, siendo que acceden, a modo de cualidad inseparable, al dominio del inmueble. El art. 534 CC establece así que «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen»; el hecho de que la servidumbre no pueda separarse de la finca a la que «activamente» pertenezca vendría a referirse a la nota de intransmisibilidad de las servidumbres reales a la que aludimos, siendo que el precepto no prohibiría que pudiera transmitirse la servidumbre si fuera personal, en tanto la servidumbre como tal no «pertenería» a fundo dominante alguno. Mientras tanto, advertir que las servidumbres son inseparables «pasivamente» de la finca no ya a la que «pertenezcan», sino de la que se prediquen en cuanto gravamen, sería una distinta manera de afirmar la consustancial nota de oponibilidad de todo tipo de servidumbre, real o personal, en cuanto derecho real sobre cosa ajena.
- (13) Punto en el que convendría mencionar al maestro Hernández Gil, en tanto que la persistencia en la duda «tiene que resolverse en pro del carácter solo obligatorio del derecho, porque, en último término, mientras a través de los derechos de obligaciones el poder creador que se

atribuye a la persona queda circunscrito a ella misma y a las que aparezcan insertas en la relación obligacional, a través de los derechos reales se reconoce un poder destinado a objetivarse en las cosas y, en tal medida, a trascender» («Distinción y relación entre los derechos reales y los de obligaciones», en *Obras completas*, vol. IV, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 39).

(14) *Las servidumbres personales: Ensayo de sistematización*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

(15) Incidentalmente, se presenta aquí (y así) el que quizás sea el límite principal para las servidumbres negativas: la imposibilidad de que se constituyan sin un fundo dominante. Es decir, estos derechos para tener eficacia jurídico-real, para poder oponerse a aquellos a quienes luego se transmita el dominio o la posesión de la heredad sirviente, han de ser servidumbres, en todo caso, reales. Así, por ejemplo, entre las servidumbres modernamente llamadas *industriales* o también *comerciales*, destaca la de no concurrencia en el tipo de negocio que se detalle, prohibición que solo alcanzará a terceros si se halla relacionada con el objeto mercantil que se persiga mediante la explotación del fundo dominante; en modo alguno podría emplearse esta vía para proscribir el establecimiento de cualquier negocio en general, fuera del tipo que fuera, convenios estos, por lo demás, que, de suscribirse, atentarian las más de las veces contra la libertad de empresa.

Entonces, para que la pretensión de no concurrencia pueda validarse como servidumbre, se habrá de cumplir siempre con el siguiente presupuesto: «La necesidad de que el fundo dominante esté dedicado a la explotación de una industria o comercio de naturaleza análoga a aquella que es objeto de la abstención del obligado por la servidumbre. Es decir, que el fundo dominante se beneficie de la servidumbre no de un modo genérico, sino concreto» (PUENTE MUÑOZ, T., «Servidumbre industrial, servidumbre de empresa, servidumbre de no concurrencia», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, vol. I, Ed. EUNSA, Pamplona, 1969, p. 513 y s.).

Relacionado con lo que se acaba de apuntar, las servidumbres negativas tampoco pueden amparar prohibiciones a la disposición jurídica del fundo sirviente. Si aquellas podrían condicionar la prerrogativa del propietario en cuanto a la determinación del destino económico o comercial que hubiera de darse a la cosa, estas lo harían con res-

pecto al poder de transmitir o gravar reconocido sobre su derecho; las prohibiciones que acerca de esta segunda vertiente se pretendieran habrían de encauzarse por otros medios, con observancia de la doctrina común en la materia. La prohibición de disponer no podría ser contenido principal de la servidumbre, entonces.

(16) *El derecho real de aprovechamiento parcial: Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código Civil*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pássim.

(17) Bajo el título de «Concepto y régimen jurídico», dice exactamente el art. 563-1 lo siguiente: «Los derechos de aprovechamiento parcial establecidos con carácter real a favor de una persona sobre una finca ajena con independencia de toda relación entre fincas, que incluyen el de gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y su ecosistema, el de apacentar ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de palco, el de balcón y otros similares, se rigen por las normas del presente capítulo y, en lo que no se opongan, por su título de constitución, por la costumbre y por las normas que regulan el derecho de usufructo, en aquello que sea compatible».

(18) La Compilación navarra que se cita es algo más compleja. En primer lugar, el art. 394 CN dispone que no son servidumbres: «1) las limitaciones legales por razón de vecindad; 2) los derechos de uso o aprovechamiento establecidos en favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios, los cuales se regirán por lo establecido en el capítulo II del título IV de este libro». Se remite, de tal manera, a los arts. 423 a 426 CN, en referencia a los «derechos de habitación, uso u otros similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena, que se regirán por lo establecido en el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones siguientes» (el subrayado me pertenece). «Los titulares de estos [otros] derechos concurrirán en su ejercicio con el uso ordinario del propietario o persona que lo sustituya, y no podrán ceder totalmente su derecho, aunque sí compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución como sin ella», prescribe el art. 425 CN.

(19) NAVAS NAVARRO, ob. cit., p. 106 y 107.

(20) Desde la profundidad crítica de lo comentado, dejo como tema menor el ter-

minológico, pues hablar de un derecho de aprovechamiento en el marco normativo nacional conduce, con mayores o menores aditamentos, a todo el sistema, manifestamente mejorable, relativo al tiempo compartido, a la denostada multipropiedad.

(21) *El usufructo*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2010.

(22) *Ídem*, p. 80.

(23) *Ibidem*.

(24) *Ibidem*.

(25) *Ídem*, p. 81.

(26) No es lugar este para distinguir entre términos, más de la complejidad dogmática de los que se presentan. Para una somera diferenciación, a quien suscribe le gusta más ajustar el primer concepto frente al segundo, en cualquiera de las variantes que se prefiera (*vid. Derecho civil: Derechos reales*, ob. cit., p. 17 y s.).

(27) *Vid.*, por todos, ALBALADEJO, ob. cit., p. 27 y s.; DíEZ-PICAZO, L., «Autonomía de voluntad y derechos reales», en *Homenaje a Ramón M.º Roca Sastre*, vol. II, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 306 y s.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, vol. III-1.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 10 y s.; GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de Cosas y principios inmobiliario-registrales: Sistema español», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n.º 2 (1995), p. 549 y s.

(28) Cfr. ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales. Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales: Sistema de numerus apertus, sistema de numerus clausus*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, p. 83.

(29) «Derechos reales y titularidades reales», en RCDI, n.º 736 (2013), p. 763 y s., esp. p. 797 y s. Desde la panorámica de un ordenamiento sometido explícitamente al principio del *numerus clausus*, aunque mucho de lo que indica en su trabajo MÉNDEZ GONZÁLEZ le resulte perfectamente aplicable, puede verse el trabajo de mi autoría «Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: Apreciaciones básicas desde el sistema argentino», en RCDI n.º 721 (2010), p. 2267 y s.

(30) Pero, concluye en un punto en el que se nos aleja del objetivo de nuestro trabajo, pero no del real propósito, que es verdadera propuesta, del autor, «la tipicidad, sin embargo, no resuelve todas las incertidumbres que deben ser despejadas: no informa sobre quién es el dueño ni sobre los derechos reales recayentes sobre los bienes no revelados por la posesión y que,



de existir, se antepondrían al derecho de un adquirente» (*idem*, p. 803). En el ámbito mobiliario, la superación del conflicto pasaría por la supresión de la acción reivindicatoria en relación con adquirentes inocentes fundamentada en la atribución a la posesión de una función legitimadora, mientras que el mismo objetivo se lograría en el ámbito inmobiliario excluyendo de la acción reivindicatoria a los adquirentes inocentes con base en la completa, añadido yo, publicación del sistema transmisivo. El resultado sería la consecución de derechos reales más seguros y más líquidos. Esto último debe aclararse al lector por tratarse de un término poco utilizado en nuestro contexto. Se relaciona mucho el concepto con el tema de su facilidad circulatoria, traslativa, «al menos respecto de los bienes muebles tradicionales: su naturaleza impide un mayor nivel de seguridad, pues las medidas dirigidas a ello, en realidad, únicamente disminuirían su liquidez... Inversamente, los derechos sobre los bienes inmuebles son, por un lado, más fácilmente protegibles mediante una regla de propiedad —debido a que sus características facilitan su reipersecución—, pero, por otro lado, tienen mayores dificultades para circular, debido a la existencia de mayores asimetrías informativas. Lo que impide dar a la posesión un papel tan relevante como en materia de bienes muebles. Son derechos más seguros que los muebles tradicionales, pero menos líquidos. Inversamente a lo que sucede con los bienes muebles tradicionales, su naturaleza permite un mayor nivel de seguridad, aunque dificulta su liquidez. Pero, tal y como sucede con algunos bienes muebles, la técnica registral permite mejorar el punto débil de los iura in rem inmobiliarios —la liquidez, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto débil es la seguridad— sin debilitar su punto fuerte —la seguridad, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto fuerte es la liquidez—, mejorando sustancialmente la ratio seguridad/liquidez de los iura in rem inmobiliarios así como mobiliarios» (*idem*, p. 794 y 795).

(31) Bien miradas, las servidumbres negativas presentan todavía un mayor interés, en cuanto únicos derechos reales que para su completa realización no requieren ni de la posesión ni tampoco siquiera de un desapoderamiento del bien de carácter eventual o futuro, como sí se anuncia para la hipoteca. Tan original emergería su contenido que podría discutirse, incluso, el dato que de él se ha venido afirmando: su condición de derecho de goce. ¿Qué goce habría res-

pecto del aquel fundo sobre el que se tuviera, por ejemplo, una servidumbre de no construir por encima de determinada altura (*servitus altius non tollendi*)? El amplio concepto de goce (de utilidad, en suma) defendido en estas páginas lo contemplaría.

- (32) Sobre este tema, en ajustado tratamiento, *vid.* DOMÍNGUEZ PLATAS, J., *Obligación y derecho de goce*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 170 y s.
- (33) Frente a la tipicidad formal (en alemán, *Typenfixierung*), que sí es de gran importancia, pues implica que no hay más derechos reales que los enunciados. Sin embargo, pese a todo, la tipicidad formal se antoja, a todas luces, insuficiente. En otras palabras, no basta el *nomen iuris* de un derecho para dotarle de tipicidad. Es necesario que, cuando el legislador se decida por introducirlo, se refiera y defina los aspectos que lo singularizan. Es a lo que alude el concepto de *tipicidad sustantiva* (*Typenzwang*). Si los particulares no pueden modificar el contenido de los derechos reales reconocidos, ello quiere significar que ese contenido debe quedar prefijado normativamente. Será el elemento interno del derecho escogido el que fundamente su introducción o permanencia y el que justifique la legalidad y alcance de los convenios al respecto. Pues bien, es a esto último a lo que nos queremos remitir en Derecho español cuando tratamos de nuestro sistema de derechos reales.
- (34) No es correcto, y aún más desde la doctrinal de la Dirección General, mezclar los tantos, como se hace, por ejemplo, en la Resolución de 14 de mayo de 1984, por más que en ella se mantenga y se aplique el presupuesto de la «parcialidad de goce». Y lo hace sobre la base de admitir que la posibilidad del *numerus apertus* de los derechos reales es más palpable en materia de servidumbres prediales, por entender que está claramente establecida en los arts. 536 y 594 CC, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, que autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan la Ley ni el orden público.
- (35) *Las servidumbres*, trad. de GONZÁLEZ PORRAS, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 27.
- (36) *Le servitù* (art. 1027-1099 *Cod. Civ.*), Ed. Giuffrè, Milán, 1949, p. 49.
- (37) Sobre el estado de la cuestión, *vid.*, por todos, DOMÍNGUEZ PLATAS, *ob. cit.*, p. 186 y s.
- (38) Ya en las primeras sesiones me gusta plantear a mis alumnos el siguiente su-

puesto: si en escritura pública el titular de un fundo se compromete a favor de un vecino a no modificar en más el estado material del inmueble, a mantenerlo indefinidamente en las condiciones (físicas, de explotación) en que se encuentra, ¿qué derecho real se constituiría por su medio? Por supuesto, y a primera vista, parecería un derecho real de servidumbre, servidumbre real, negativa, no aparente, continua y voluntaria. Sin embargo, se trata de una calificación, como se dice, superficial del supuesto. En primer lugar, porque no puede haber un derecho real limitado que vacíe, como resultaría del supuesto, el contenido material del dominio indefinidamente; el usufructo es necesaria y precisamente, por ello, temporal, al igual que se admite la perpetuidad de la servidumbre porque justamente no vacía el grueso de utilidades que hacen al dominio. En el caso, de admitirse una servidumbre por el estilo, se arrumbaría con el dominio de la finca gravada, «congelando» el disfrute y aprovechamiento de la finca gravada en torno a las condiciones exactas en que se encontrara en el momento de constituirse el gravamen, con el añadido de que tan genérica limitación de las facultades del propietario no se correspondería, como sucede en el usufructo, con las facultades conferidas a la persona a cuyo favor se constituye el derecho. La servidumbre es el único derecho real, como ya se ha dicho, que se prevé que puede tener un contenido exclusivamente negativo, en cuanto prohibitivo respecto del ejercicio material de las naturales facultades del dominio, pero ello solo es posible, desde un punto de vista económico, si la utilidad que se sustrae, que se suspende mientras se encuentre vigente, presenta una incidencia, parcial, puntual, especial, que no desnaturaliza, por tanto, el dominio. De ello se derivaría la imposibilidad de conceder eficacia jurídico-real, efectos frente a terceros, a la fórmula convenida; no se trataría de un derecho real de los admitidos (y admisibles) en nuestro sistema. Pero es que, profundizando en la misma razón, todavía cabría discutir que pudiera valer como derecho personal, como válido únicamente entre las partes contratantes, en atención al nulo sentido económico de lo que se pretende, a la paralización que puede suponer el respeto al derecho (de crédito) acordado respecto de un aprovechamiento mínimamente eficaz del inmueble.

(39) *Ob. cit.*, p. 260-261.

(40) *Cfr. ibidem*, p. 262-263.

(41) *Cfr. ob. cit.*, p. 652.

Consideraciones fiscales relativas a la extinción del régimen de condominio

Concha Carballo Casado
Abogado y Economista

SUMARIO

- II. TIPOLOGÍA DE SITUACIONES DE CONDOMINIO
- III. NOTAS BÁSICAS SOBRE LA FISCALIDAD INDIRECTA DE LA EXTINCIÓN DE SITUACIONES CONDOMINIALES: DELIMITACIÓN DE LAS MODALIDADES IMPOSITIVAS
- IV. FISCALIDAD INDIRECTA DE LA EXTINCIÓN DE LAS FORMAS MÁS PARADIGMÁTICAS DE CONDOMINIO
- V. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONDOMINIO

Con diversa nomenclatura, y pese a ciertos matices, los términos *copropiedad*, *condominio* o *pro indiviso* aluden a una situación en la que dos o más personas comparten la titularidad de un mismo derecho, generalmente el de propiedad, sobre un determinado bien.



Esta aproximación elemental al concepto de *condominio* (recaído sobre el derecho de propiedad) es la que ofrece el art. 392 CC al señalar que: «*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*». Es esa proindivisión la nota definitoria de este tipo de comunidad

en nuestro Derecho: se trata de la concurrencia de varios derechos de propiedad plenos sobre la totalidad del bien, únicamente limitados individualmente por la existencia de los derechos de los restantes codueños, generándose por dicha concurrencia unas relaciones peculiares entre todos ellos.



No obstante, lo anterior debe entenderse de conformidad con la configuración que de este tipo de comunidades realiza nuestro Derecho, cuyo núcleo principal es la existencia de una «cuota ideal» o «parte alícuota» del bien sobre la que puede ejercer su señorío (con ciertas limitaciones).

Desde una perspectiva fiscal, la existencia de dicha cuota de participación en el bien o bienes que se encuentran en régimen de condominio reviste una gran importancia: así, entre otras utilidades, constituye el parámetro para imputar a los comuneros la fiscalidad de determinadas operaciones, sirve de base para determinar si existe una alteración del equilibrio patrimonial de las partes tanto en la constitución como en la disolución, etc.

II. TIPOLOGÍA DE SITUACIONES DE CONDOMINIO

Muchas son las formas en las que se presentan estos regímenes de copropiedad, siendo la doctrina tradicional más común la que distingue entre el **condominio romano** y el **condominio germánico**. Sin ánimo de exhaustividad, el primer tipo de comunidad, que es el seguido principalmente por nuestro ordenamiento jurídico (si bien la Resolución de 8 de junio de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado permite entender que nuestro sistema pueda acoger la cotitularidad de un derecho mancomunado sin asignación de cuotas individuales, resulta innegable el carácter romanista de nuestro ordenamiento, siendo la muestra más clara el art. 399 CC), fruto del carácter eminentemente romanista de nuestro Derecho Privado, se caracteriza por la concreción de los derechos individuales en una cuota ideal, pudiendo disponer libremente de esa cuota y teniendo también la posibilidad de instar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*). Por el contrario, la comunidad germánica (o «en mano común») se caracteriza por un predominio del derecho colectivo, sin asignación de participaciones individuales ni acciones de división: todos son dueños del todo.

Fuera de esta categoría doctrinal mayor, en el estudio de este tipo de figuras suele distinguirse entre comunidades voluntarias e incidentales en función de la causa originaria de su constitución (así, por ejemplo, por una compraventa, en el primer caso, y como consecuencia de la adquisición *mortis causa*, en el segundo), o entre singulares y universales, según recaigan sobre un concreto bien o una pluralidad de ellos.



FICHA TÉCNICA

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad esbozar las repercusiones más significativas que, desde una perspectiva fiscal, presentan las diversas manifestaciones del régimen de propiedad en común de bienes indivisibles. En especial, se referirán las implicaciones en la fiscalidad de las operaciones de extinción de la situación de comunidad (fiscalidad indirecta), perfilándolas de acuerdo con los criterios doctrinales que al respecto han expresado las administraciones públicas y los tribunales, tanto a nivel estatal como autonómico en Cataluña.

Palabras clave: Condominio, fiscalidad, bienes indivisibles, sociedad de gananciales.

Abstract: The objective of the present article is to depict the most significant repercussions, from the tax standpoint, presented by the different manifestations of the common property regime for indivisible assets. In specific, it treats the tax implications of transactions that eliminate the situation of common property (indirect taxation), by outlining these implications in accordance with the doctrinal criteria that the public administrations and courts have expressed both at the national level and at the regional level in Catalonia.

Keywords: condominium, taxation, indivisible assets, community of property.

Cuestión distinta a la tipología civil de las situaciones de copropiedad es el reconocimiento que de estas realiza la norma fiscal, al conceptuar como obligados tributarios a las comunidades de bienes (así el art. 35.4 LGT).

Estas **comunidades de bienes** a las que se refiere la normativa fiscal, y cuyo régimen interno de funcionamiento es el que les corresponde en tanto que condominios, se configuran fiscalmente como una suerte de masa patrimonial autónoma que, carente de personalidad jurídica, pertenece a los comuneros en régimen de pro indiviso, y que puede ser sujeto de derechos y obligaciones tributarias.

A continuación se plasmarán las principales notas relativas a la fiscalidad de las operaciones de extinción de los regímenes condominiales, distinguiendo sus manifestaciones más paradigmáticas. Posteriormente, y en la medida en que plantea una serie de particularidades, se realizará un breve análisis de la fiscalidad que presenta el régimen de las sociedades de gananciales.

III. NOTAS BÁSICAS SOBRE LA FISCALIDAD INDIRECTA DE LA EXTINCIÓN DE SITUACIONES CONDOMINIALES: DELIMITACIÓN DE LAS MODALIDADES IMPOSITIVAS

La extinción de las situaciones condominiales, desde una perspectiva de imposición indirecta, presenta como primer desafío la necesidad de deslindar los casos en que, como consecuencia de la disolución operada,

pueda estarse en presencia de operaciones sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y/o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) y, en tal caso, por cuál de sus tres modalidades: Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), Operaciones Societarias (OS) o Actos Jurídicos Documentados (AJD).

Como norma general, y sin perjuicio de que deba comprobarse caso por caso la sujeción al impuesto, **existirá sujeción (sin perjuicio de la posible exención) al IVA** cuando, como consecuencia de la disolución de la comunidad, se realice una entrega de bienes y siempre que dicha comunidad ostentara la **condición de empresario o profesional**.

En particular, y por ser un supuesto habitual no exento de polémica, la Administración y los tribunales han venido a considerar que puede existir **sujeción a IVA** en los casos de adquisición en pro indiviso de terrenos por los comuneros para promover la construcción de un conjunto de viviendas, trasteros, garajes y locales, para destinarlos, una vez finalizada su construcción, a **su adjudicación a los comuneros en proporción a su cuota de participación**. Así lo manifiesta la Consulta Vinculante 0734/2010 de la Dirección General de Tributos:

En la medida en que esta comunidad de bienes, en tanto que sujeto diferenciado de sus propios miembros, lleve a cabo la promoción inmobiliaria en el terreno que ha comprado, asumiendo por sí misma el riesgo y ventura derivados de la citada actividad, como parece ser el caso, dicha comunidad adquirirá la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido [...].

Por aplicación de dicho precepto [art. 8.2.2.ª], la adjudicación de los inmuebles por la comunidad de bienes a los comuneros en proporción a su cuota de participación, una vez finalizada su construcción, tiene la consideración de entrega de bienes, operación que, de acuerdo con lo establecido en el art. 4.º de la Ley 37/1992, está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Valga reseñar que a ese criterio se oponía el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 21 de septiembre de 2009, al considerar que no existía actividad económica por parte de la comunidad de bienes. No obstante, dicha Sentencia fue anulada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 11 de diciembre de 2012, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina y que mantiene la tesis de actividad económica que ya venía defendiendo el Alto Tribunal.

NOTA IMPORTANTE: del análisis de la jurisprudencia y la doctrina administrativa se deduce que el carácter empresarial o profesional de las actividades que desarrollan las comunidades de bienes es una cuestión de hecho que se apreciará en cada caso (diferenciando ente «comunidad de promotores» y «autopromotores»), señalando la Sentencia del Tribunal Supremo arriba referida una serie de indicios cuya concurrencia determinarían la sujeción a IVA.

Las diversas modalidades de tributación indirecta aplicable deberán exigirse, en todo caso, con arreglo al régimen de incompatibilidades que a continuación se reproduce:

CUADRO 1

INCOMPATIBILIDADES		
TPO	incompatible con	OS
		AJD
		IVA
OS	incompatible con	TPO
		AJD
AJD	incompatible con	TPO
		OS

COMPATIBILIDADES		
IVA	compatible con	OS
		AJD

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en los casos en que exista sujeción a IVA pero se trate de una operación exenta (así, por ejemplo, en las segundas y ulteriores entregas de edificaciones en las que no se ejerza la renuncia a dicha exención), la no tributación efectiva por IVA determinaría la **sujeción a TPO**, como expresamente señala el art. 7.5 RDLeg. 1/1993 (que aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITPAJD). No obstante, la incompatibilidad con **OS** (que grava la disolución) conllevará que únicamente pueda aplicarse esta última modalidad impositiva.

En este sentido, la Consulta Vinculante 1906/2011: «La sujeción a la modalidad de Operaciones Societarias del ITPAJD impide que la disolución de la sociedad civil con entrega del patrimonio social a los socios tribute en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del mismo impuesto por la entrega de los bienes a los socios, pues dicha entrega forma parte de la disolución y liquidación de la sociedad».

Fuera del ámbito empresarial o profesional, esto es, en el ámbito de **operaciones entre particulares**, podrá **exigirse el ITPAJD** en sus modalidades de TPO o AJD, modalidades todas ellas que, como hemos visto, resultan incompatibles entre sí (incluidas también las OS).

No obstante lo anterior, la incompatibilidad se predica respecto de un mismo hecho imponible, siendo habitual que en la disolución de condominio puedan producirse **dos hechos imponderables distintos: la disolución de comunidad y el exceso de adjudicación**. En estos casos, cabrá que uno de esos hechos imponderables tribute por una modalidad distinta de ITPAJD (e incluso por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuando el exceso sea gratuito, esto es, cuando no sea objeto de compensación), como doctrina y tribunales han señalado de manera reiterada (véase cuadro 2):

— Consulta Vinculante 1906/2011, sobre la compatibilidad de OS y TPO cuando haya excesos de adjudicación: «Debe tenerse en cuenta que las entregas de bienes cubiertas por el hecho imponible disolución de sociedad son las que cumplen el requisito de proporcionalidad con respecto a la participación del socio en la sociedad que se disuelve, pero no las entregas cuyo valor supere el que corresponda a la participación del socio, por las cuales sí se devengará el impuesto en su

modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por el concepto de exceso de adjudicación declarado, en los términos expuestos en el art. 7.2.b) TRLITPAJ».

Las entregas de bienes cubiertas por el hecho imponible disolución de sociedad son las que cumplen el requisito de proporcionalidad con respecto a la participación del socio en la sociedad que se disuelve

- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 23 de mayo de 2001, también sobre la compatibilidad de OS y TPO cuando haya excesos de adjudicación: «Resulta evidente que se han producido dos hechos imponderables en el citado impuesto, que deberán quedar sujetos a tributación en sus respectivas modalidades: la extinción del condominio en la de Operaciones Societarias, como disolución de sociedad, y los excesos de adjudicación en la de TPO, sin que en modo alguno exista una duplicidad impositiva [...], quedando integradas las respectivas bases imponderables por el valor de los bienes y derechos adjudicados a los comuneros (extinción del condominio) y el correspondiente al exceso producido».
- Consulta Vinculante 1994/2009, sobre compatibilidad de OS/AJD e Impuesto de Sucesiones y Donaciones en excesos de adjudicación gratuitos: «Si cumple estos dos requisitos [local y personal, que determinaría actividad económica], la disolución de la comunidad de bienes deberá tributar por Operaciones Societarias como disolución de sociedad; si no es así, tributará por Actos Jurídicos Documentados [...]. En la operación planteada se produce, además, un exceso de adjudicación a favor de uno de los comuneros, que no compensa al otro y que tributará por el concepto de donación, siendo sujeto pasivo del impuesto el donatario».

IV. FISCALIDAD INDIRECTA DE LA EXTINCIÓN DE LAS FORMAS MÁS PARADIGMÁTICAS DE CONDOMINIO

A continuación se concretarán las reglas generales anteriormente apuntadas en algunas de las situaciones condominiales más



paradigmáticas, como la extinción total del condominio que recae sobre un inmueble, la extinción total del condominio recaído sobre una pluralidad de inmuebles y la denominada *extinción parcial del condominio*.

1. El condominio sobre un bien inmueble

Supuesto: en este caso, analizamos las distintas alternativas de fiscalidad correspondiente a la extinción del régimen de copropiedad sobre un inmueble que pertenecía pro indiviso a dos o más titulares, obteniendo uno de ellos la plena propiedad del inmueble.

A) Comunidades con y sin actividad económica

Normativa: arts. 22.4 y 31.2 LITP; art. 61 RITP (véase Anexo I)

En el caso de que la comunidad de bienes que se extingue **ejerciera una actividad económica** («la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios»), la disolución tributaría por la modalidad de OS, de conformidad con el art. 22.4 LITP y el art. 61 RITP.

CV 2906/2011: «La disolución de una comunidad de bienes que realiza una actividad empresarial está sujeta a la modalidad de Operaciones Societarias, siendo sujetos pasivos los comuneros y la base imponible el valor real de los bienes que reciban».

En este mismo sentido, entre otras, la Consulta Vinculante 0698/2012 o la Consulta Vinculante 0609/2012.

Cuando la comunidad disuelta **no ejerciera actividad económica** alguna, la disolución tributaría por la modalidad **AJD (cuota gradual)**, al tipo autonómico correspondiente, que en Cataluña es el 1,5 %.

CV 0860/2013: «Por la descripción de su escrito, parece que la comunidad de bienes en cuestión no realizaba actividades empresariales, por lo que la disolución de la comunidad estará sujeta a la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, al cumplirse los requisitos previstos en el art. 31.2 del Texto Refundido del Impues-

to para someter dicha escritura pública al gravamen: ser primera copia de escritura pública, contener un acto valuable, ser inscribible en el Registro de la Propiedad y no estar sujeto ni a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas u Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. La base imponible será el valor declarado de los bienes, sin perjuicio de la comprobación administrativa, como prevé el art. 30.1 del Texto Refundido del Impuesto, y será sujeto pasivo cada uno de los comuneros por el valor del bien que recibe».

Consulta 180E/2012 de la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya: «La disolución de una comunidad de bienes que no haya desarrollado actividades económicas, así como la posterior adjudicación de las partes resultantes en proporción a su cuota de participación, en el caso de que se documente en escritura pública, está sujeta a la modalidad impositiva de Actos Jurídicos Documentados (AJD), de acuerdo con lo previsto en el art. 31.2 LITP».

En este mismo sentido, también, entre otras, la Consulta Vinculante 0022/2012 o la Consulta Vinculante 0370/2010.

B) Disolución con excesos de adjudicación onerosos

Normativa: art 7.2.b) LITP; art. 1062 CC (véase Anexo I)

En este punto, es importante determinar que se entenderá por *exceso de adjudicación* el supuesto en que, como consecuencia de la disolución, las adjudicaciones que correspondan a cada uno de los comuneros sean distintas de la cuota ideal de participación que tenían en la comunidad. Y existirá onerosidad en ese exceso de adjudicación cuando sea compensado mediante la entrega de dinero u otros bienes (en cuyo caso, se hablaría de *permuta*) del patrimonio privativo de uno de los comuneros.

Con carácter general, dichos excesos de adjudicación tributarán por la modalidad de TPO del ITP. No obstante, la propia norma del ITP —art. 7.2.b)— exceptúa, por remisión a la normativa civil (en especial, el art. 1062 CC), ciertos casos: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por

su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

Por su parte, la legislación foral catalana señala, en el art. 464-8 CCCat, las siguientes reglas de adjudicación:

1. En la partición, debe guardarse igualdad en la medida en que sea posible, tanto si se hacen lotes como si se adjudican bienes concretos.

2. Las cosas indivisibles o que desmerecen notablemente al dividirse y las colecciones de interés artístico, histórico, científico o documental deben adjudicarse de acuerdo con las reglas del art. 552-11, salvo voluntad contraria del causante o acuerdo unánime de los coherederos.

3. La partición de la herencia debe respetar los límites a la propiedad en interés público y privado, especialmente la legislación urbanística, forestal y agraria, incluido el régimen de las unidades mínimas de cultivo.

Así, cuando estemos en presencia de un **bien indivisible** (o cuya división desmerecería mucho), en el que se produce una compensación en dinero, a los otros comuneros no existirá sujeción por TPO y sí por AJD.

Consulta 37/2004: «En cuanto a la adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges, pagando la diferencia en metálico al otro cónyuge, no estaría sujeto a la modalidad de TPO, pues en este caso nos encontraríamos ante un exceso de adjudicación inevitable en los términos que resultan del art. 1062 CC. En cuanto a la sujeción de la operación a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cabe indicar que, en principio, al no estar sujeta a la modalidad de TPO, permitiría la aplicación de la cuota variable de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, al reunir la escritura de disolución todos los requisitos exigidos en el art. 31.2 del Texto Refundido».

En este mismo sentido, también, entre otras, la Consulta Vinculante 0326/2013, la Consulta Vinculante 1573/2011 o la Consulta Vinculante 1516/2010.

Así, la jurisprudencia y la doctrina administrativa han venido a considerar que la indivisibilidad es una cuestión de hecho que debe observarse caso a caso, si bien existe

la presunción de que los inmuebles (y, en especial, las viviendas) deben considerarse como «un bien que, si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división» (TEAR de Madrid: resoluciones de 15 de junio de 1992 y de 8 de junio de 1995, acogido por la DGT, entre otros, en la citada Consulta Vinculante 1107/2011).

En este mismo sentido, se consideran indivisibles, entre otros: las fincas rústicas con una superficie que permita su aprovechamiento agrario autónomo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 11 de septiembre de 2012: «Que la división de la finca suponga un menor rendimiento económico en cuanto a la explotación ganadera que en la misma se pueda desarrollar no conlleva, por sí mismo, un desmerecimiento o imposibilidad de división que excluya el supuesto del gravamen por transmisiones patrimoniales»); las explotaciones hoteleras (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de mayo de 2007: «El edificio estaba siendo utilizado en régimen de arrendamiento como hotel comprensivo de las cinco plantas superiores y restaurante ubicado en la planta baja; ello evidencia que, de haber sido obligada su división en régimen de propiedad horizontal, perdería la finalidad a que venía siendo destinado y se extinguiría el derecho de los arrendatarios sobre el mismo, con la consiguiente obligación indemnizatoria»); el local comercial destinado a garaje (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2003: «Resulta de aplicación lo establecido en el art. 7.2.b) del Impuesto, al ser el local comercial destinado a garaje indivisible»), y los trasteros y garajes que forman una unidad con la vivienda habitual (Consulta Vinculante 0254/2007: «Si un trastero constituye un anexo de la vivienda a la que está vinculado, sin que pueda ser transmitido independientemente de ella, debe considerarse que dicho trastero forma parte de dicha vivienda»).

Finalmente, conviene señalar que, en el caso de que el exceso de adjudicación se compensara no con dinero (como señala el art. 1062 CC), sino con otros inmuebles, nos encontraríamos ante un supuesto que la Administración califica de *permuta*, sujeta a TPO.

CV 2617/2011: «Por el contrario, tal compensación mediante la entrega de otros bienes no es sino una *permuta*, negocio jurídico que está sujeto a la mo-

dalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siendo sujeto pasivo cada uno de los permutantes por los bienes que reciba».

En este mismo sentido, también, entre otras, la Consulta Vinculante 1502/2010.

C) Exceso de adjudicación a título gratuito

Normativa: arts. 7.1.a) y 31.2 LITP (véase Anexo I)

En caso de que el comunero que obtuviera el inmueble no compensara a los restantes comuneros como consecuencia de esa adjudicación exclusiva, nos encontraríamos ante un exceso de adjudicación que tributaría por el **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (donaciones)**.

Consulta 2185/1999: «Ante la ausencia de contraprestación por parte del cónyuge no aportante, el carácter gratuito de la aportación determina la sujeción al Impuesto sobre Donaciones».

En este sentido, entre otras, la Consulta Vinculante 0514/2008, la Consulta Vinculante 0071/2012 o la Consulta Vinculante 0860/2013.

Lo anterior sucede aun en el caso de que solo exista una compensación parcial, produciéndose por la parte no compensada una **donación impropia**:

CV 1107/2011: «La operación planteada [compensación en dinero inferior al valor de su cuota de participación] constituye una donación remuneratoria, por concurrir junto a una causa onerosa la liberalidad del donan-

te, constituyendo uno de los supuestos de donaciones impropias del art. 59 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

2. El condominio sobre varios inmuebles

Supuesto: en este caso, analizamos el caso de la extinción total de una situación de condominio que recae sobre una pluralidad de inmuebles, lo que podrá realizarse mediante la adjudicación a cada comunero de alguno de los bienes o la totalidad a uno de ellos, compensando el exceso a los demás.

Únicamente se analizará en este caso una especial peculiaridad que, respecto del régimen general antes visto, presentan este tipo de comunidades no singulares.

A) Excesos de adjudicación y formación de lotes

Normativa: art. 7.2.b) LITP; art. 1062 CC (véase Anexo I)

En el caso de que exista una pluralidad de bienes (en este caso, inmuebles), la determinación de si existe o no exceso de adjudicación se realizará atendiendo a si se mantiene el equilibrio entre el valor real de los bienes que integran los lotes que se establezcan para cada comunero y el valor de su cuota de participación en la comunidad. Asimismo, la excepción sobre la indivisibilidad de los bienes antes señalada se predicará ahora referida al conjunto de los bienes, de forma que, para poder aplicar lo dispuesto en el artículo transcrito —art. 7.2.b)—, es necesario que el exceso de adjudicación sea **inevitable**, en el sentido de que no sea posible hacer lotes equivalentes a su participación en la comunidad (en este sentido, en-

CUADRO 2

HECHO IMPONIBLE	CARACTERÍSTICAS		TRIBUTACIÓN
Disolución de la comunidad de bienes	Con actividad económica		OS
	Sin actividad económica		AJD gradual
Exceso de adjudicación	Oneroso	Bien indivisible*	AJD gradual
		Bien divisible	TPO
	Gratuito		ISD (donaciones)

* O que desmerezca mucho por su división y que se compense con dinero.



tre otras, la Consulta Vinculante 2996/2011 o la Consulta Vinculante 1798/2008).

En consecuencia, en aquellos casos en que, **siendo posible formar lotes** de valor equivalente (incluso mediante la división de alguno de los inmuebles que integran la comunidad), esto no se produjera y se **adjudicaran lotes de mayor valor a alguno de los comuneros, se producirá un exceso de adjudicación gravado por la modalidad de TPO**. Ello resulta patente en los casos en que un comunero se adjudique la totalidad de los bienes compensando en metálico a los restantes comuneros.

CV 0326/2013: «Por el contrario, las cinco fincas podrían haber sido divididas entre los tres hermanos sin adjudicarse necesariamente a uno, generando, posiblemente, en último término, en caso de no poder lograr tres lotes de idéntico valor, un exceso que sí podría entenderse que proviene de un bien, si no indivisible, que desmerecería por la indivisión. Por tanto, la adjudicación pretendida, conforme al art. 7.2.b), se equipara a una transmisión patrimonial onerosa a efectos de liquidación y pago del impuesto».

Tanto la doctrina administrativa como los tribunales han venido a afirmar que esa llamada *extinción parcial* no es una disolución condominial *stricto sensu*, sino que la verdadera naturaleza es la de una permuta y, por tanto, deberá tributar por Transmisiones Patrimoniales Onerosas

Véase, en este sentido, también la Consulta Vinculante 2996/2011 y la Consulta Vinculante 1798/2008.



Asimismo, en este sentido, y acogiendo a la doctrina reiterada de la DGT, entre otras, la Consulta Vinculante de la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya 167E/2012.

Según lo anteriormente descrito, si los lotes formados fueran equivalentes (o todo lo equivalentes que la indivisibilidad de alguno de los bienes permita), no existirán excesos de adjudicación y, en consecuencia, la operación tributará por AJD.

3. La «extinción parcial» del condominio

Supuesto: en este caso, se valorará el supuesto en que no se produce una situación de extinción total del condominio preexistente, sino que, o bien subsiste para varios comuneros el condominio preexistente, alterándose la cuota de participación, o bien se crea un nuevo condominio como consecuencia de las operaciones de adjudicación.

Como en el apartado anterior, se analizarán aquí únicamente los casos que presenten particularidades significativas.

A) Alteración de la composición de la comunidad de bienes, asumiendo uno o varios de los comuneros la participación del que sale

Normativa: arts. 7.2.b) y 23 LITP (véase Anexo I)

En este caso, especialmente controvertido en la doctrina y en los tribunales, uno de los comuneros asume la participación de otro comunero saliente (aumentando su cuota ideal), debiendo dilucidarse si puede considerarse que la compensación puede acogerse a la excepción del art. 7.2.b) por la naturaleza indivisible del bien y tributar por AJD.

No obstante, para dar solución a esta situación, tanto la doctrina administrativa como los tribunales han venido a afirmar que esa llamada *extinción parcial* **no es una disolución condominial *stricto sensu*** (no siendo de aplicación la posibilidad de excluir su tributación por TPO), **sino que la verdadera naturaleza de esta operación es la de una permuta, que deberá tributar por TPO**.

En este sentido, encontramos ya manifestaciones que proceden de distintas instancias, teniendo especial trascendencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012, emanada en un recurso de casación para la unificación de doctrina.

STS 12/12/2012: «Lo que aquí realmente se ha producido es una transmisión de cuotas en la comunidad de bie-

CUADRO 3

HECHO IMPONIBLE	CARACTERÍSTICAS	TRIBUTACIÓN
Exceso de adjudicación en comunidad con pluralidad de bienes	Lotes equivalentes	AJD gradual
	Lotes no equivalentes	TPO/ISD

nes, sin que esta desaparezca. A nuestro entender, esta situación no es la prevista en el art. 7.2.b) del texto citado. Contrariamente, tiene su asiento en el apartado 1 del art. 7, que considera transmisiones patrimoniales, sujetas al impuesto, las que lo son de toda clase de "bienes y derechos" que integran el patrimonio».

RDGRN 11/11/2011: «Conforme a lo razonado, el negocio jurídico celebrado en el documento calificado debe ser considerado como un contrato de compraventa y no de extinción parcial de comunidad».

CV 2997/2011: «Nos encontramos ante una redistribución de las participaciones de las distintas comunidades de bienes entre los comuneros hermanos, mediante la cual cada hermano comunero transmitirá parte de sus participaciones a sus otros hermanos, de forma que cada hermano pasará a ostentar solo con sus padres la propiedad de algún inmueble; dicha operación debe calificarse jurídicamente como permuta».

La consecuencia de dicha consideración como permuta (mucho más acorde con la naturaleza de la operación que efectivamente se realiza) será que estas operaciones tributarán por la modalidad de TPO, en lugar de por el AJD gradual. Por el contrario, la falta de efectiva disolución deberá impedir, en nuestra opinión, que se devengue por dicho concepto la modalidad de OS/AJD (según realizara o no actividades económicas).

B) Disolución de comunidad hereditaria integrada por dos bienes inmuebles, adjudicándose uno de los comuneros uno de los inmuebles y quedando en manos de los otros dos comuneros (por mitades indivisas) el otro inmueble

Normativa: arts. 7.2.b) y 23 LITP (véase Anexo I)

En este caso, sustancialmente distinto al anterior en la medida en que, efectivamente, existen bienes que dejan de estar en régimen de copropiedad (pasando al patrimonio privativo de uno de ellos), y subsistiendo la comunidad sobre otro de los bienes, la tesis administrativa ha sido la misma: se considera una operación sujeta a TPO.

CV 0787/2007: «Se trata de excesos de adjudicación declarados y no concurre ninguna de las excepciones que establece el art. 7.2.b) del Texto Refundido del Impuesto. En particular, no resulta aplicable el art. 1062, párrafo 1.º, del Código Civil, ya que no se ha producido el presupuesto de hecho previsto en dicho precepto, que exige que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, se adjudique a uno de los comuneros, el cual deberá compensar en metálico a los demás, ya que, en el caso planteado, no se adjudica a un comunero, sino a dos. Por lo tanto, se produce un exceso de adjudicación a favor de los dos comuneros que reciben más parte de la que les correspondía, y dicho exceso tributará por Transmisiones Patrimoniales Onerosas al tipo establecido para los bienes inmuebles».

En este sentido, entre otras, la Consulta Vinculante 2198/2011, la Consulta Vinculante 2010 o la Consulta Vinculante 0425/2011.

V. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales (arts. 1344 a 1410 CC), régimen de aplicación supletoria en el Derecho común a falta de capitulaciones, se configura como un régimen de condominio respecto de los bienes que lo integran, por oposición a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (tanto los previos como los adquiridos constante matrimonio que pudieran gozar de tal condición). Las peculiaridades de este régimen, así como la frecuencia con que se produce la constitución y extinción de este tipo de sociedades, aconsejan realizar un examen separado.

1. Fiscalidad en la constitución/aportación

Desde una perspectiva fiscal, reviste especial interés el caso en que uno de los

cónyuges realiza una aportación de un bien inmueble privativo a la sociedad de gananciales, o bien adquiere para la sociedad de gananciales un bien con cargo a su patrimonio privativo.

En el primero de los casos (**aportación de un inmueble privativo a la sociedad de gananciales**), la aportación podría dar lugar a varios hechos imponible, dependiendo de si se realiza a título oneroso o lucrativo:

- Desde el punto de vista del **IRPF**: se producirá una ganancia patrimonial para el aportante, por diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del 50 % del inmueble (el otro 50 % seguirá perteneciéndole a la sociedad de gananciales). En caso de entrega gratuita, el valor de transmisión será el valor real que deba establecerse según las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (y en ningún caso superior al de mercado). La ganancia tributará al tipo general o del ahorro, en función del tiempo de permanencia en el patrimonio privativo del aportante (más o menos de un año).

CV 2815/2010: «Como el aportante y el adquirente de un 50 % de lo transmitido son la misma persona, por el 50 % de la aportación no se produce ninguna transmisión, que solo se produciría por la parte que corresponde al esposo de la consultante (50 %). La ganancia o pérdida patrimonial vendrá dada por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de la mitad de la vivienda enajenada al otro cónyuge, de acuerdo con lo establecido en el art. 34 LIRPF. El art. 35.1 LIRPF establece que el valor de adquisición estará formado por el importe real por el que dicha adquisición se hubiese efectuado, más el coste de las inversiones y mejoras efectuadas y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses que hu-

CUADRO 4

HECHO IMPONIBLE	CARACTERÍSTICAS	TRIBUTACIÓN
«Extinción parcial» del condominio	Variación del porcentaje de participación por salida de un comunero	TPO
	Aumento de participación respecto de un inmueble y cese del indiviso en otro	TPO



bieran sido satisfechos por el adquirente. Dicho valor se minorará en el importe de las amortizaciones reglamentariamente establecidas».

En este sentido, también, entre otras, la Consulta Vinculante 1395/2012, la Consulta Vinculante 0427/2013 o la Consulta Vinculante 2206/2008.

Si la entrega de ese 50 % fuera lucrativa, se producirá una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en su modalidad de donaciones, sin que esté prevista ninguna bonificación estatal o autonómica específica

— Desde el punto de vista del **Impuesto sobre Sucesiones o Donaciones**: si la entrega de ese 50 % fuera **lucrativa**, se producirá una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en su modalidad de donaciones, sin que esté prevista ninguna bonificación estatal o autonómica específica, pero sí un tipo de gravamen reducido cuando se instrumente en escritura pública (5 %, 7 % y 9 %).

CV 0312/2013: «En caso de transmisión a título gratuito, como en el supuesto de que la aportación se realice como una donación, el art. 36 LIRPF dispone que se tomará por importe real de la transmisión el que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que pueda exceder del valor de mercado. Ahora bien, si de esta cuantificación resultase una pérdida patrimonial, esta no se computará, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33.5.c) LIRPF».

Véase también en este sentido, entre otras, la Consulta Vinculante 2033/2011 o la ya referida Consulta Vinculante 0427/2013.

— Desde el punto de vista del **ITPAJD**: si la transmisión fuese **onerosa**, nos encontraríamos ante una operación sujeta al impuesto en su modalidad de TPO, si bien podría gozar de la exención prevista en el art. 45.1.b.3 del RDLeg. 1/1993.

CV 0529/2012: «La aportación del inmueble a la sociedad de gananciales será una aportación onerosa y, por lo tanto, estará sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y será aplicable la exención regulada en el art. 45.1.b.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».

En este mismo sentido, también, entre otras, la antes referida Consulta Vinculante 0427/2013 o la Consulta Vinculante 0846/2011.

— Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, desde la perspectiva del **Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana** (IIVTNU, conocido como *plusvalía municipal*), se producirá un diferimiento de tributación. Es decir, en virtud del art. 104 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, esta aportación no estará sujeta al impuesto, pero, según las normas de liquidación, en la siguiente entrega que se realice se tendrá en cuenta el incremento de valor desde la anterior entrega sujeta al impuesto.

CV 1635/2009: «Si el consultante, casado en régimen de bienes gananciales, decide aportar a su sociedad de gananciales unas naves industriales de las que es titular a título privativo, dicha aportación no estará sujeta al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. No obstante, a efectos de futuras transmisiones de los inmuebles, para el cálculo de la base imponible del IIVTNU habrá que tener en cuenta que el período de puesta de manifiesto en esa transmisión, del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, será el comprendido entre la fecha del devengo del impuesto que se liquide y la del devengo de la anterior transmisión de la propiedad del terreno que haya estado sujeta al IIVTNU».

En este mismo sentido, también la Consulta Vinculante 0427/2013.

Cuestión distinta sería que, constante matrimonio, uno de los dos cónyuges **adquiriese para la sociedad de gananciales un inmueble, con cargo a su patrimonio privativo**, sin que existiese contrapresta-

ción. En estos casos, se produciría aquí, en idénticos términos a los arriba señalados, una **donación gravada** por Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por el importe de las cantidades destinadas a adquirir el 50 % del inmueble que va a corresponder al otro cónyuge.

2. Fiscalidad de las operaciones realizadas durante la existencia del régimen

En este punto, no existe ninguna peculiaridad reseñable: los rendimientos y ganancias o pérdidas patrimoniales derivados de la tenencia o transmisión de los bienes que integran la sociedad de gananciales se imputarán por mitades a cada uno de los cónyuges en sus respectivas declaraciones del IRPF, así como su valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio (debiendo primar la ganancialidad de los bienes sobre la titularidad aparente o «documental» de estos).

Desde una perspectiva de fiscalidad indirecta, la transmisión de los bienes gananciales estará sujeta con carácter general a la modalidad de TPO del ITPAJD. No obstante, si el bien transmitido estuviera afecto a la actividad económica de cualquiera de los cónyuges, dicha transmisión estaría sujeta al IVA, pudiendo acceder a la exención prevista en el art. 20.1.22. Ello conllevaría que, salvo renuncia a dicha exención, la operación volviera a quedar sujeta a TPO.

3. Fiscalidad de la disolución de la sociedad de gananciales

En caso de disolución de la sociedad de gananciales (bien como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, bien por la modificación del régimen económico matrimonial) en que ambos cónyuges participaban, el hecho capital a tener en cuenta será si existen o no excesos de adjudicación que favorezcan a alguno de los cónyuges.

A estos efectos, se entenderá que existe exceso de adjudicación cuando el reparto de los bienes entre los cónyuges determine la existencia de lotes de valor distinto, con independencia que tales diferencias sean compensadas con cargo a su patrimonio privativo por el cónyuge que recibe un exceso de valor en la adjudicación.

A) Ausencia de excesos de adjudicación

- No se producirá alteración patrimonial en el **IRPF** y, por tanto, no determinará la existencia de ganancias o pérdidas patrimoniales.
- En el ámbito del **ITPAJD**, se trataría de una operación sujeta a la modalidad **AJD**, pero exenta en virtud del art. 45.l.b.3 de la norma del impuesto.

B) Existiendo excesos de adjudicación

- El exceso de adjudicación determinará la existencia de una «ganancia patrimonial» en el **IRPF** del cónyuge que recibe una cuota inferior. Dicha ganancia se determinará por diferencia entre la compensación recibida (o el valor que correspondiera, según el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en caso de que fuera un supuesto lucrativo) y el valor de adquisición (en la proporción de la compensación respecto del valor total del bien en ese momento).

CV 1780/2013: «Conforme a lo anterior, la disolución de la sociedad de gananciales y la posterior adjudicación a cada uno de los cónyuges de su correspondiente participación en la sociedad no constituye ninguna alteración en la composición de sus respectivos patrimonios que pudiera dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial, siempre y cuando la adjudicación se corresponda con la respectiva cuota de titularidad. En estos supuestos, no se podrán actualizar los valores de los bienes o derechos recibidos, que conservarán los valores de adquisición originarios, y, a efectos de futuras transmisiones, las fechas de adquisición originarias. Solo en el caso de que se atribuyesen a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, como ocurre en el caso objeto de consulta, existiría una alteración patrimonial en el otro cónyuge, generándose una ganancia o pérdida patrimonial».

En este mismo sentido, también, entre otras, la Consulta Vinculante 0460/2013 o la Consulta Vinculante 1859/2012.

- **Si el exceso de adjudicación fuera lucrativo, es decir, sin compensación:** nos encontraríamos aquí ante una **donación** sujeta al **Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones**, tributando por el importe del exceso de adjudicación en los términos generales señalados en los apartados anteriores.

Si el exceso de adjudicación fuera lucrativo, es decir, sin compensación, nos encontraríamos aquí ante una donación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tributando por el importe del exceso de adjudicación en los términos generales ya señalados

- **Existiendo compensación del exceso:** la particularidad que respecto de los excesos de adjudicación presentan los bienes gananciales, respecto de lo señalado en términos generales en los apartados anteriores, es la posibilidad de aplicar la exención prevista en el art. 45.l.b.3 TRLIP, aplicable tanto a la modalidad de TPO como de AJD, siempre que se produzca como consecuencia de la extinción de la sociedad de gananciales (nunca después, ni por la extinción del régimen de separación de bienes).

CV 2904/2011: «No obstante, en el caso de disolución de la sociedad de gananciales, el art. 45.l.b) de dicho Texto Refundido determina que los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen a que se refiere el art. 1.º de la Ley serán los siguientes: "Estarán exentas: 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales". Por lo tanto, la escritura pública en que se formalicen las adjudicaciones a los cónyuges de la sociedad de gananciales estará sujeta pero exenta de la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados».

En este mismo sentido, la Consulta Vinculante 2045/2013 o la Consulta Vinculante 0736/2010.

CV 1410/2012: «De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, una vez que está disuelta la sociedad de gananciales, las transmisiones que realicen la consultante y su exmarido no podrán acogerse a dicha exención».

STSJC 11/07/2012 (adhiriéndose a la doctrina del TS): «En el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, previsto en el art. 45.l.b.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal); por tanto, esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes».

ANEXO I

Marco normativo básico de las modalidades del ITPAJD

El marco normativo básico de las tres modalidades del ITPAJD está integrado por el Texto Refundido de la Ley del ITPAJD, aprobado por RDLeg. 1/1993 (en adelante, TRLITP) y por el Reglamento dictado en su desarrollo aprobado por RD 828/1995 (en adelante, RITP).

La escritura pública en que se formalicen las adjudicaciones a los cónyuges de la sociedad de gananciales estará sujeta pero exenta de la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados

Su contenido más relevante en relación con el tema objeto de estudio es el siguiente:

A) Transmisiones Patrimoniales Onerosas

Arts. 7.1.a), 7.2.b) y 7.5 TRLITP:

1. Son transmisiones patrimoniales sujetas:

A) Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes



y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

2. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto:

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (2.º) y 1062 (1.º) del Código Civil y disposiciones de Derecho foral basadas en el mismo fundamento.

En las sucesiones por causa de muerte, se liquidarán como Transmisiones Patrimoniales Onerosas los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 % del valor que les correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio.

5. No estarán sujetas al concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial cuando, por las circunstancias concurrentes, la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Su contenido encuentra correspondencia en los arts. 11.1.b), 23 y 33.1 RITP:

Art. 11:

1. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de la liquidación y pago del impuesto:

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (2.º) y 1062 (1.º) del Código Civil y disposiciones de Derecho foral basadas en el mismo fundamento.

Art. 23:

En las permutas de bienes o derechos, tributará cada permutante por el valor comprobado de los que adquiera, salvo que el declarado sea mayor o resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 21 anterior, y aplicando el tipo de gravamen que corresponda a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes o derechos adquiridos.

Art. 33:

1. Todas las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetas y no exentas al Impuesto sobre el Valor Añadido se liquidarán sin excepción por dicho tributo, sin perjuicio de lo previsto en el art. 72 respecto al gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados.

Lo dispuesto anteriormente será aplicable cuando se renuncie a la aplicación de la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido, conforme a lo previsto en la normativa de este impuesto.

B) Operaciones Societarias

Arts. 22.4 y 5 TRLITP:

A los efectos de este impuesto, se equipararán a sociedades:

4. La comunidad de bienes constituida por actos inter vivos que realice actividades empresariales, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

5. La misma comunidad constituida u originada por actos mortis causa cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. La liquidación se practicará, desde luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda, si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo.

Art. 61 RITP:

1. La disolución de comunidades que resulten gravadas en su constitución se considerará a los efectos del impuesto co-

mo disolución de sociedades, girándose la liquidación por el importe de los bienes, derechos o porciones adjudicadas a cada comunero.

2. La disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, solo tributarán, en su caso, por Actos Jurídicos Documentados.

C) Actos Jurídicos Documentados

Art. 31.2 LITP:

2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los n.º 1 y 2 del art. 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 % en cuanto a tales actos o contratos.

D) Beneficios fiscales comunes a todas o varias modalidades

Arts. 45.I.b.3 y 11:

B) Estarán exentas:

3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.

11. La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del



domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado Miembro de la Unión Europea.

Finalmente, en la medida en que resultan recurrentes por remisión de la normativa del ITPAJD, se reproducen a continuación las normas civiles sobre adjudicación:

Arts. 821, 829, 1056 (2.º) y 1062 (1.º) CC:

821: *Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará esta para el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados.

829: *La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de esta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.*

1056.2.º: *El testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera preservar indivisa una explotación económica, o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición*

así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo 1.º del art. 844.

1062.1.º: *Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.*

Art. 464-8 CCCat:

1. *En la partición, debe guardarse igualdad en la medida en que sea posible, tanto si se hacen lotes como si se adjudican bienes concretos.*

2. *Las cosas indivisibles o que desmerecen notablemente al dividirse y las colecciones de interés artístico, histórico, científico o documental deben adjudicarse de acuerdo con las reglas del art. 552-11, salvo voluntad contraria del causante o acuerdo unánime de los coherederos.*

3. *La partición de la herencia debe respetar los límites a la propiedad en interés público y privado, especialmente la legislación urbanística, forestal y agraria, incluido el régimen de las unidades mínimas de cultivo.*

El régimen de la propiedad urbana tras la Ley 8/2013

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. PRIMERA PARTE: MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DEL SUELO
- II. SEGUNDA PARTE: MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Con el doble objetivo de combatir la situación crítica del mercado del suelo y la vivienda en nuestro país y de cumplir con requerimientos dimanantes de la normativa europea en relación con la sostenibilidad ambiental en el sector, la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRRU), contiene una serie de medidas que inciden directamente en el régimen de la propiedad urbana y que vamos a intentar examinar desde una perspectiva notarial, incidiendo en los aspectos prácticos más importantes.

La Ley se califica como «legislación básica» al amparo de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.13.^a de la Constitución, sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Esto debería significar su inmediata aplicabilidad en aquellos puntos no necesitados de desarrollo o de adaptación, y la obligación, por parte de la correspondiente comunidad autónoma, de verificar el

desarrollo o la adaptación de la regulación básica que así lo requiera.

Es de advertir, no obstante, que la Generalitat de Cataluña ha presentado recurso de inconstitucionalidad, n.º 5493-2013, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante providencia de 5 de noviembre de 2013, contra determinados preceptos de la Ley, concretamente, los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 y las disposiciones transitorias 1.^a, final 12.^a, apartado 5.º, en cuanto a la redacción dada a los apartados

7.º y 8.º del art. 9 de la Ley del Suelo, y final 18.^a. El grado de aplicabilidad definitiva de la normativa que comentamos dependerá, por tanto, de lo que en su momento determine la Sentencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en tanto que la admisión a trámite del recurso no provoca la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), su examen, en este momento, debe partir de su plena aplicabilidad, sin perjuicio del necesario desarrollo normativo de las materias que así lo requieran.



FICHA TÉCNICA



Resumen: Con el doble objetivo de combatir la situación crítica del mercado del suelo y la vivienda en nuestro país y de cumplir con requerimientos dimanantes de la normativa europea en relación con la sostenibilidad ambiental en el sector, la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, contiene una serie de medidas que inciden directamente en el régimen de la propiedad urbana y que vamos a intentar examinar desde una perspectiva notarial, incidiendo en los aspectos prácticos más importantes.

Palabras clave: Propiedad horizontal, vivienda, suelo, complejo inmobiliario.

Abstract: With the dual purpose of combating the critical situation affecting land prices and the housing market in our country and of complying with the requirements imposed by European regulations with regard to environmental sustainability in the sector, Law 8/2013 on urban rehabilitation, regeneration, and renewal contains a series of measures that have a direct effect on developed land and which we are going to try to examine from a notarial point of view, focussing on the most significant practical aspects.

Keywords: Horizontal property, housing, land, real-estate.

I. PRIMERA PARTE: MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DEL SUELO

La novedad de índole urbanística más importante, y al mismo tiempo el medio utilizado por la Ley para conseguir los objetivos reseñados, es la **redefinición del deber legal de conservación** de la propiedad, a cuyo fin, de una parte, se modifica la caracterización del mismo que se recoge en el art. 9 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y, de otra, se introduce, en el Título II de la misma Ley 8/2013, la regulación de lo que se denomina «actuaciones sobre el medio urbano».

La modificación en este punto del Texto Refundido de la Ley del Suelo implica la confirmación del deber de conservación como un deber con un contenido evolutivo, determinado, como ya refería la redacción anterior del art. 9, por las condiciones que fueren «legalmente exigibles». A partir de dicha idea, la reforma hace ahora referencia expresa a «los requisitos básicos de la edificación establecidos en el art. 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación», pero también a aquellas obras adicionales que fueren necesarias «para la mejora de la calidad y la sostenibilidad del medio urbano», lo que, como se indica en el Preámbulo, requerirá su introducción en la normativa del sector, de acuerdo con la evolución de las necesidades sociales, y la determinación por la Administración, de manera motivada, del nivel de calidad que deba ser alcanzado por cada edificio.

Para garantizar el cumplimiento de dicha obligación de conservación en los términos en que la misma ha quedado ahora perfilada, se establece, en el n.º 2 de dicho art. 9, que: «La Administración competente podrá imponer en cualquier momento la realización de obras para el cumplimiento del deber legal de conservación, de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicables. El acto firme de aprobación de la orden administrativa de ejecución que corresponda determinará la **afección real directa e inmediata**, por determinación legal, del inmueble al cumplimiento de la obligación del deber de conservación. Dicha **afección real se hará constar, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad, con referencia expresa a su carácter de garantía real y con el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afectación real al pago de cargas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística**»⁽¹⁾.

Por otro lado, la LRRRU regula las citadas **actuaciones sobre el medio urbano**, que engloban (art. 7) las «actuaciones de rehabilitación», a realizar en edificaciones que aparezcan en situación de insuficiencia o degradación y no cumplan los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, y las de «regeneración y renovación urbanas», cuando las obras pretendan incluir la demolición y nueva construcción de edificios o afecten, además de a estos, a tejidos urbanos.

Su característica más importante es que se trata de actuaciones que pueden promoverse y ejecutarse de forma aislada,

pero también integradas en una estrategia global y unitaria. Si ello implica la necesidad de alterar la ordenación urbanística vigente, deberán observar los trámites procedimentales legalmente requeridos a tal fin, aunque la Ley facilita los mismos permitiendo (art. 10) que la normativa autonómica prevea su aprobación simultánea a la de dicha reforma, o incluso independiente, por los procedimientos de aprobación de las normas reglamentarias. Cuando no se requiera dicha alteración, bastará con la delimitación y aprobación de un ámbito de actuación conjunta o la mera identificación de una actuación aislada.

El art. 12 de la Ley 8/2013 contiene una norma similar a la que se introduce en el art. 9.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, determinando, ahora de modo específico en relación con «**las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario privado, cualquiera que sea su propietario**», la afectación real al cumplimiento del deber de costear las obras, una vez firme en vía administrativa la delimitación espacial del ámbito de actuación, sea conjunta o aislada. Afección que se hará constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad.

Según el art. 9.1, la **iniciativa para proponer** las «actuaciones sobre el medio urbano» puede partir de la Administración o de sus entidades públicas adscritas, pero también de los propietarios y de las comunidades de propietarios o titulares de derechos reales o de aprovechamiento, así como de las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de cualesquiera de los sujetos anteriores.

Los mismos sujetos legitimados para proponer las actuaciones lo están también para **participar en su ejecución**, con dos particularidades:

- Los propietarios que quieran presentar ofertas para participar en un concurso público deberán constituir previamente una asociación administrativa, que se registrará por lo dispuesto en la legislación de ordenación territorial y urbanística en relación con las entidades urbanísticas de conservación (art. 13).
- Las empresas, entidades o sociedades a que se refería el art. 9 como legitimadas para la iniciativa del procedimiento cuando intervengan «en nombre» de



cualesquiera de los sujetos anteriores lo están para intervenir en su ejecución «por cualquier título» (art. 15)⁽²⁾.

El art. 15 de la Ley reconoce a todos los sujetos que intervengan en la ejecución plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, pudiendo, entre otros actos, otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas. Importante disposición a la que volveremos a hacer referencia al comentar las reformas en sede de propiedad horizontal.

La reforma incide también en el **control administrativo** de la actividad edificatoria. Así, el n.º 7 del art. 9 recoge la regla que ya incorporaba el antiguo art. 8.1.b) de exigibilidad de autorización administrativa para todo acto de edificación e imposibilidad de adquisición por silencio positivo de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística⁽³⁾.

La Ley reconoce a todos los sujetos que intervengan en la ejecución plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, pudiendo otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal

En su momento, en virtud de la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, dicha norma fue considerada preferente respecto de la contenida en el art. 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y acabó con toda una doctrina de la Dirección General y de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado que mantenía la adquisición por silencio positivo de determinadas licencias urbanísticas. La interpretación del Tribunal Supremo fue recogida posteriormente por el art. 23 del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que la desarrolló mediante la determinación de una serie de actos sujetos a dicha autorización expresa sin posibilidad de silencio administrativo, actos que incluyen parcelaciones y construcciones en general.

El contenido de dicho art. 23 del Real Decreto Ley 8/2011 aparece incorporado ahora a este art. 9.7 del Texto Refundido de la Ley del Suelo con una pequeña pero importante novedad, cual es la desaparición, de entre los actos relacionados, de la licencia de primera ocupación de las edificaciones e instalaciones de nueva planta, y la introducción en su lugar de un número específico, el 9, relativo al supuesto en que «la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujeta la **primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable**». Este es, como ya sabemos, el caso de Cataluña, desde la modificación del art. 187 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo en virtud de la Ley 3/2012, de 22 de febrero.

En estos casos, dice ahora la norma, si «**de dichos procedimientos no resulta que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas**».

Y añade: «Tanto la práctica de la **comunicación previa** a la Administración competente, como las **medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística** que aquella pudiera adoptar en relación con el acto comunicado, deberán hacerse **constar en el Registro de la Propiedad**, en los términos establecidos por la legislación hipotecaria y por esta Ley».

Esta regla hay que ponerla en relación con la que se contiene en el **n.º 1 del art. 20**, cuya letra b) recibe también una nueva reforma. Así, cuando al regular los requisitos de la **ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA** se refiere al «otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable [...] tal y como se demandan por la normativa vigente», añade: «salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la co-

municación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna».

La relación entre ambas normas conduce, en mi opinión, a la siguiente interpretación:

1) Empezando por el último párrafo del art. 9.9, entiendo que la obligación de hacer constar en el Registro de la Propiedad la práctica de la comunicación previa debe entenderse cumplida, cuando hablamos de escritura de declaración de obra nueva terminada o del acta de acreditación del fin de obras, con la presentación de dicho instrumento público en el Registro. Sin que tenga por qué exigirse esa constancia registral de la comunicación con anterioridad al otorgamiento.

Elo sin perjuicio de que pueda entenderse que, aun no otorgándose la escritura o acta, existe una obligación específica, pues la norma del art. 9, cuando dice que la comunicación previa «deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad», no está necesariamente vinculando tal obligación al otorgamiento de dicho instrumento público. Es obvio, sin embargo, que la constancia registral de haberse hecho la comunicación no puede sustituir el acta necesaria para acreditar el final de obras, para cuyo otorgamiento deben acreditarse los demás requisitos previstos al efecto por la legislación urbanística.

2) Por otro lado, en relación con los plazos que se introducen en los arts. 9.9 y 20.1, entiendo que, por lo que a Cataluña se refiere, los mismos no afectan al otorgamiento o inscripción del título, una vez hecha la comunicación de ocupación previa.

a) De una parte, el plazo de seis meses del art. 9.9 no guarda relación con el del art. 20. Una cosa es el plazo de reacción que se concede al Ayuntamiento para evitar eventuales responsabilidades si la construcción cuya comunicación de ocupación se ha practicado no reúne los requisitos para dicha ocupación, y otra el plazo que para la efectividad de esa comunicación pueda haberse establecido por la normativa sustantiva aplicable.



Dado que en la normativa catalana no existe plazo alguno para que, una vez hecha la comunicación de referencia, deba esperarse a «*iniciarse la actividad*» o, en este caso, a ocupar la edificación, no se ve razón para que la práctica en la forma legalmente prevista de la comunicación de ocupación no permita el otorgamiento e inscripción de la escritura⁽⁴⁾.

- b) Por otro lado, el procedimiento mismo de comunicación previa regulado en Cataluña quedaría en principio objetivamente fuera del ámbito de aplicación del nuevo art. 9.9 del Texto Refundido estatal, si tenemos en cuenta que el antes citado art. 187 del Texto Refundido catalán prevé que la comunicación de ocupación al Ayuntamiento debe acompañarse «*de la certificación del facultativo director que acredite [...] que la edificación está en condiciones de ser utilizada*». Ello hace imprevisible esa reacción municipal a que se refiere la norma.
- c) Incluso aunque en el caso concreto no fuera así y el Ayuntamiento llegara a entender puntualmente que no resultan acreditados los requisitos necesarios para la ocupación, la aplicación de la norma se limitaría a imponer una obligación al Ayuntamiento o una responsabilidad frente a terceros de buena fe, en caso de no cumplirla en el plazo de seis meses. Aunque ese tercero de buena fe puede aparecer al margen del Registro de la Propiedad, el conjunto de la regulación y de sus referencias a esta institución deja claro que el legislador está pensando en el tercero protegido registralmente, que, por principio, no podría aparecer si no se hubiera podido inscribir la escritura de obra nueva o acta de fin de obras.

En este punto, cabe preguntarse qué ocurre si, pese a haber hecho constar el Ayuntamiento la adopción de esas «*medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística*» a que se refiere el art. 9.9, para entonces ya ha aparecido un tercero de buena fe que, por ejemplo, ha comprado la finca e inscrito su título en

el Registro. A mi entender, en este caso, lo único que queda excluido es la responsabilidad del Ayuntamiento, que ha reaccionado dentro del plazo que la ley le marca.

- 3) Expuesto lo anterior, parece más que recomendable, antes de autorizar la escritura de declaración de obra nueva o el acta de fin de obras, efectuar dos comprobaciones elementales:
 - a) La primera, que la comunicación de ocupación cumple el requisito de ir acompañada del pertinente certificado de fin de obras y que del mismo no resulta mención alguna que obstaculice la efectiva ocupación.
 - b) La segunda, la referente a la situación registral de la finca, solicitando la correspondiente nota. De la misma manera que para las obras nuevas preexistentes es necesario comprobar «*la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística*» a que se refiere el n.º 4 del mismo art. 20, parece conveniente efectuar ahora también, en el caso de obra nueva terminada, la comprobación de que no aparece constancia alguna de esas «*medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística*» que la Administración pudiera haber adoptado en relación con el acto de ocupación comunicado.

Estas comprobaciones resultan de particular importancia si no han transcurrido todavía esos seis meses desde la comunicación que la norma da de plazo de reacción al Ayuntamiento, y más aún si, además, se prevé un otorgamiento posterior (venta, hipoteca, etc.); de lo contrario, la simple posibilidad planteada en el número anterior de que el tercero de buena fe no pueda reclamar su responsabilidad al Ayuntamiento haría razonable que el mismo prefiriera esperar a que venza el citado plazo antes de adquirir su derecho.

También en relación con la **DECLARACIÓN DE OBRA PREEXISTENTE** existen novedades. Así, el art. 20.4 recibe una nueva redacción a fin de resolver las dudas

generadas por la desafortunada redacción anterior, y lo hace siguiendo básicamente la interpretación que la práctica y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado habían dado a aquella.

Así, las letras b) y c) de dicho número permutan su anterior contenido, además de mejorar su redactado⁽⁵⁾. De lo cual resulta:

- Por una parte, la confirmación de que para practicar la inscripción no es preciso esperar a la aportación de acto administrativo alguno.
- Por otra, que ese acto administrativo, que puede recibir en su caso el Registro después de haber notificado al Ayuntamiento la práctica de la inscripción correspondiente, no tiene por qué referirse a la declaración de fuera de ordenación de la edificación.

Recordemos que se encuentra en situación de fuera de ordenación la construcción que, realizada de acuerdo con las exigencias impuestas al tiempo de su construcción, resulta, sin embargo, incompatible con las que se derivan de una posterior modificación del planeamiento. Obviamente, la obra nueva preexistente puede encontrarse en dicha situación, pero también en otras diferentes que igualmente afecten a su situación urbanística, y ya la Dirección General dejó claro que la regulación no pretende posibilitar el acceso al Registro únicamente de las construcciones fuera de ordenación, sino de todas aquellas (ajustadas o no al planeamiento anterior o al actual) respecto de las cuales ya no quepa ejercitar la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística que implique su demolición (para entendernos, todas las obras preexistentes u «obras viejas»).

Por tanto, parece quedar claro que la intención del legislador es, por un lado, circunscribir el objetivo de la norma a la publicidad registral, pero, por otro, incrementar esta, extendiéndola ahora, conforme al nuevo redactado de la norma, a «*la concreta situación urbanística [de la finca], con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario*», como medio de protección de los derechos de terceros (y aquí viene la gran novedad de la norma), frente a los cuales respondería la Administración en caso de omisión.



Resulta por ello de gran importancia determinar el alcance y contenido de la resolución que debe expedir el Ayuntamiento (entendiendo, dados los términos de la norma, que en todo caso) para eludir la responsabilidad citada. Responsabilidad que resulta razonable entender se daría no solo en caso de omisión de la resolución, sino también de emisión de una resolución incompleta.

Existen al menos dos referencias que pueden ayudar al respecto:

— La primera es el contenido de la «*cédula urbanística*» o, en Cataluña, «*certificado de aprovechamiento urbanístico*» previsto en el art. 20 del Reglamento aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio. Según dicha norma, «*el certificado de aprovechamiento urbanístico a que se refiere el apartado anterior tiene que expresar cuál es el régimen urbanístico aplicable a la finca o fincas en el momento de su solicitud, indicando:*

- a) *Los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos aplicables, así como si alguno de ellos está en tramitación o sujeto a procedimientos de revisión o modificación y, en este caso, si se ha acordado la suspensión de tramitaciones y del otorgamiento de licencias que regula el art. 71 de la Ley de Urbanismo.*
- b) *La clasificación y calificación del suelo, con indicación de los parámetros aplicables respecto al uso del suelo, las condiciones de edificación y el aprovechamiento del subsuelo.*
- c) *En su caso, el sector de planeamiento o el polígono de actuación urbanística en que está incluida la finca.*
- d) *Las otras determinaciones urbanísticas significativas que condicionen el aprovechamiento y el uso del terreno.*

— La segunda referencia la constituiría el art. 51 del Texto Refundido estatal, que detalla una serie de actos de naturaleza urbanística «*inscribibles en el Registro de la Propiedad*». Así, entre otros, aquellas limitaciones que pudieran venir impuestas directamente por el planeamiento o por la misma licencia de obras (recordemos que la utilización de la vía del art. 20.4

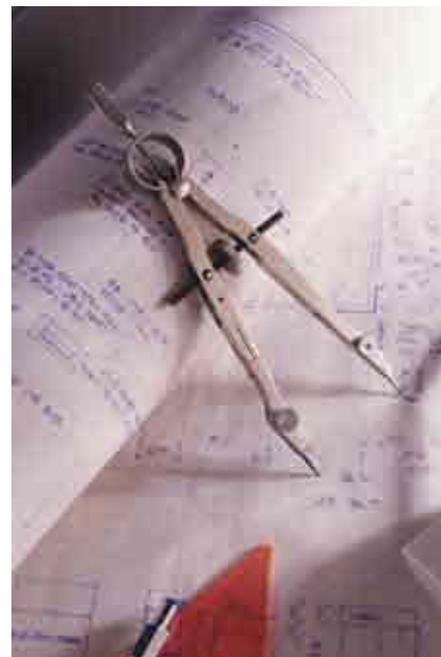
no presupone necesariamente la ausencia de tal licencia), o, en general, «*cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas*» (art. 51.1.h).

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el art. 51 únicamente establece la responsabilidad de la Administración para el caso de que, existiendo un expediente de disciplina urbanística, no se hubiere instado la anotación preventiva a que se refiere el art. 53.2. Si ahora llegara a entenderse que los actos reseñados en el art. 51 afectan a la «*concreta situación urbanística de la finca*», a la «*delimitación de su contenido*» o a «*las limitaciones que imponga al propietario*», tal y como señala el art. 20.4.c), podría derivarse que, de existir los mismos y no hacerse constar así en la resolución para la práctica de la nota marginal correspondiente a que se refiere el art. 20, surgiría esa responsabilidad introducida en el mismo.

Todo ello con un matiz interesante, cual es que el esquema configurado se aplica, tal y como prevé el repetido art. 20.4.c), «*cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento*». Parecería quedar así concretada esa previsión de constancia registral de la situación urbanística de la construcción a aquella que hubiere accedido sobre la base de cualquiera de los otros medios previstos en la letra a) del artículo: certificación catastral o técnica, o acta de notoriedad.

Si la certificación refleja efectivamente la situación urbanística y eventuales limitaciones de la finca, las mismas deberían tener el correspondiente reflejo en la escritura y en el Registro

La no exigibilidad, sin embargo, de dicha resolución administrativa cuando la inscripción se hubiere practicado sobre la base de certificación administrativa hace pensar que el legislador da por supuesto que, en este caso, dicha certificación ya habrá hecho constar la situación urbanística de la



finca, y es de esperar que, al menos en el futuro, así sea, aunque lo cierto es que, hasta ahora, lo habitual en muchos municipios era que la certificación se limitara a dejar constancia de la antigüedad de la construcción y, como mucho, de la inexistencia de expediente alguno de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Obviamente, si la certificación refleja efectivamente la situación urbanística y eventuales limitaciones de la finca, las mismas deberían tener el correspondiente reflejo en la escritura y en el Registro; del mismo modo, si el Ayuntamiento, pese a no parecer obligado a ello por la norma del art. 20.4, dicta, al recibir la comunicación del Registro de la Propiedad, la resolución a que dicho artículo se refiere, la misma deberá ser objeto de la oportuna nota marginal.

Caso de que, por el contrario, existiendo algún tipo de limitación al aprovechamiento de la finca, ni la certificación la mencione ni tampoco se expida luego la resolución que haga referencia a la misma, de aparecer un adquirente de buena fe, parecería dudosamente admisible, a nuestro juicio y dado el tenor de la regulación en su conjunto, cualquier pretensión municipal de eximirse de la responsabilidad que declara el párrafo final del art. 20.4.

Existen también novedades relevantes en la regulación de los llamados **COMPLEJOS INMOBILIARIOS**. La primera, la misma

inclusión, en el n.º 6 del art. 17, de una definición legal que puede permitirnos un esbozo de sus características y una comparativa con la caracterización civil, nunca exenta de dificultades, de dicha figura, a fin de poder determinar a qué supuestos se extiende y a qué otros no la regulación prevista.

1. Concepto administrativo del complejo inmobiliario

El concepto *complejo inmobiliario* a que se refiere ahora el Texto Refundido de la Ley del Suelo resulta:

a) De una parte, de la inclusión en el último párrafo del n.º 6 del art. 17 de una definición según la cual se considera tal a «**todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distinguen elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos**».

No parece, a pesar del tenor literal de la norma («a los efectos previstos en este número»), que la caracterización que deriva de la misma deba entenderse limitada a los efectos de exigibilidad de la autorización administrativa que en la misma se impone.

b) Por otra parte, de la adición de un párrafo 2.º al n.º 3 para dejar constancia de que el complejo inmobiliario podrá constituirse **sobre una sola finca o sobre varias**, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos de alguno o algunos de los tipos siguientes:

1. Suelos de dominio o uso público.
2. Que sirvan de soporte a obras de urbanización.
3. Que computen a los efectos del deber de cesión obligatoria a la Administración.

c) Por último, de la introducción en el n.º 4 como supuesto de complejo inmobiliario de aquel en el que se destinen por los instrumentos de ordenación urbanística **superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el**

vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público. «*Tales fincas podrán estar constituidas tanto por edificaciones ya realizadas como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación*».

2. Concepto civil del complejo inmobiliario

2.1. En Derecho común, el concepto se contiene en el art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, atendiendo al cual podrían señalarse como notas distintivas respecto de la propiedad horizontal «clásica» las siguientes: el carácter «*independiente*» que se predica de los inmuebles que integran el complejo (que parece hacer referencia a una independencia física); la posibilidad de que los elementos comunes puedan ser viales, instalaciones o servicios, y, sobre todo, la posibilidad de que se constituya como agrupación de comunidades, pero también bajo esa «*otra forma jurídica*» indeterminada a que se refiere el n.º 4 del artículo.

Sea como sea, tal distinción ha venido siendo muy discutida no solo en sus matices, sino, en ocasiones, también en cuanto a su misma existencia, resultando ciertamente difícil determinar, a partir de la citada norma legal, qué separa a un complejo inmobiliario de algunas de las múltiples posibles utilidades del régimen de la propiedad horizontal, en particular, en los supuestos que se han dado en llamar «*de propiedad horizontal tumbada*»⁽⁶⁾.

Tampoco las notas caracterizadoras del complejo inmobiliario que predica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de octubre de 2008, mencionada por la Dirección General en su Resolución de 23 de enero de 2013, ayudan demasiado a la hora de fijar tal distinción. Viene a señalar el Tribunal Supremo como tales notas la existencia en el complejo inmobiliario de:

- Una pluralidad de inmuebles con vocación de pertenecer también a una multiplicidad de titulares.
- Unos elementos o servicios comunes de titularidad compartida y vinculada a aquellos.
- Un régimen unitario de limitaciones y deberes⁽⁷⁾.

A pesar de ello, sostiene la Resolución citada que «*en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios. La regulación de estos últimos se encuentra en el art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1969, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y también en los arts. 17, apartados 3, 4 y 6, y 51.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*».

En realidad, es esa referencia al art. 17 de la Ley del Suelo la que de algún modo marcaba la diferencia, que radicaría en los requisitos para su constitución, pues la aplicación de dicha norma implica el sometimiento a autorización administrativa de la constitución o de la modificación del complejo inmobiliario, mientras que la propiedad horizontal, en régimen de Derecho común, no aparece sujeta a dicha obligación.

En Cataluña, por otra parte, el libro V del Código Civil catalán regula, junto a la llamada «*propiedad horizontal simple*», la «*propiedad horizontal compleja*» y la «*propiedad horizontal por parcelas*»

2.2. En Cataluña, por otra parte, el libro V del Código Civil catalán regula, junto a la llamada «*propiedad horizontal simple*» (arts. 553-33 al 553-47), la «*propiedad horizontal compleja*» (arts. 553-48 al 553-52) y la «*propiedad horizontal por parcelas*» (arts. 553-53 al 553-59). Prescindiendo ahora de la caracterización de la propiedad horizontal simple (similar a la que existe en Derecho común), cabe recordar, sucintamente:

- 1) Que la propiedad horizontal compleja tiene como base:
 - La existencia de «*varias subcomunidades*», en régimen de propiedad horizontal simple, constituidas sobre edificios independientes, sobre portales o escaleras de un único edificio, o sobre una o varias naves destinadas a aparcamientos, trasteros u otros elementos privativos de uno o varios edificios.



- La «conexión física» entre las propiedades constituidas en subcomunidad, las cuales comparten jardines, piscinas u otros elementos comunes parecidos.
- La constitución de una «única comunidad "global"» sobre las distintas subcomunidades, con un sistema de organización para la atención de todo lo referente a servicios y elementos comunes.

2) **Mientras que la propiedad horizontal por parcelas se caracteriza:**

- Por tener como objeto (art. 553-53) un conjunto de fincas, solares, edificados o no, colindantes pero físicamente independientes.
- Que pueden resultar de una actuación urbanística [art. 553-57, 1.a) y 1.b)], pero sin que ello constituya un requisito en sí mismo [art. 553-57, 1.f)].
- Sujetas a un régimen unitario de titularidad común sobre otras fincas o servicios colectivos, y de limitaciones recíprocas (arts. 553-55 y 553-56), a los que están vinculadas por una cuota de participación.

2.3. Pues bien, no parece que las características del complejo inmobiliario según se define ahora en la Ley del Suelo se separen en esencia de lo que la Dirección General y el Tribunal Supremo han señalado en las antes citadas Resolución y Sentencia, y tampoco de las figuras contempladas en el Código Civil de Cataluña. De hecho, la generalidad de los términos utilizados por la Ley del Suelo permitiría tener por incluidos dentro del concepto que se regula todos los casos de propiedad horizontal, pues en todos ellos tendríamos:

- **Un régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria.**
- **En el que se distinguen elementos privados, sujetos a una titularidad exclusiva.**
- **Y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privados.**

Si así lo entendemos, la consecuencia sería la sujeción a autorización administrativa de cualquiera de los supuestos referidos. Lo cual, por lo que se refiere a Cataluña, no supone una novedad, por cuanto dicha exigencia viene recogida en el art. 187.2.r) del Texto Refundido catalán, tanto si el supuesto encaja en el concepto *complejo inmobiliario* que ahora examinamos como si no.

3. **El sometimiento a autorización administrativa**

La necesidad de autorización administrativa fue introducida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, que redactó el n.º 6 del art. 17 en los siguientes términos: «La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma».

La novedad de la reforma operada por la Ley 8/2013 consiste en la adición de una salvedad a continuación de la regla general, según la cual **no es necesaria dicha autorización:**

«1. Cuando el número y características de los elementos privados resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel.

2. Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privados».

Este esquema se asemeja al seguido en el art. 53 («Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal») del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre actos de naturaleza urbanística⁽⁸⁾, y en Cataluña, al que se deriva de la letra r) del art. 187.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto⁽⁹⁾.

Sin embargo, tanto la normativa reglamentaria registral como la sustantiva catalana contienen en la regulación de dichos supuestos de excepción algunos matices.

Primero.—Así, mientras la letra a) del art. 17.6 del Texto Refundido estatal se refiere al supuesto de que exista una previa licencia de obras que contemple el número y características de los elementos privados (con lo cual, si no existe esa licencia, parece no haber excepción posible), en el citado art. 53 del Real Decreto 1093/1997, y también en el art. 187.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo catalana, la excepción alcanza al caso de que esos elementos privados consten no en una previa licencia de obras, sino en una **previa declaración de obra nueva**, es decir, con independencia de que exista una licencia de obras o no en que se haga referencia a los mismos.

No será necesaria la autorización cuando el número y las características de los elementos privados resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel

La importancia de la diferencia es obvia, si se atiende al supuesto de constitución o modificación de una propiedad horizontal sobre una edificación declarada a modo de obra preexistente u «obra vieja». En la aplicación de las normas citadas se ha venido entendiendo que la excepción contemplada ampara también los casos en que la obra nueva ha accedido al Registro sin constancia alguna de la licencia de obras, bien por no resultar exigible en su momento, bien por haberse inscrito con arreglo a la norma que se recoge en el actual art. 20.4 de la Ley del Suelo. Si la inscripción de la obra nueva, además de la descripción del edificio, dejó constancia de la existencia de los elementos que ahora quieren constituirse como privados en la división horizontal, no se ha considerado exigible para esta la acreditación de autorización o licencia administrativa.

En la práctica, ello ha posibilitado la división en propiedad horizontal de un edificio simultáneamente a su declaración como obra nueva preexistente, cuando en esta ya figuraba el número y características de los elementos privados, por constar así en el documento correspon-



diente: certificado municipal, técnico o catastral, o acta notarial (véanse las resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/733/2010, de 10 de febrero, y JUS/3080/2011, de 27 de diciembre).

Cabe preguntarse si esta posibilidad subsiste una vez las excepciones que se introducen en el art. 17 de la Ley del Suelo hacen referencia a la existencia de una previa licencia de obras o a la «*modificación*» (que no constitución) del complejo inmobiliario cuando en esta no se incrementa el número de elementos privativos.

En mi opinión, el supuesto de excepción debe considerarse vigente (incluso sin necesidad de acudir a argumentos competenciales) siempre que pueda confirmarse que la constancia registral como elementos privativos de las viviendas o locales del edificio no va a ser sino reflejo de una situación consolidada física y jurídicamente, por haber transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. El fundamento (acogido en las resoluciones antes citadas) sería así el mismo que el que tiene la regla del art. 20.4 de la Ley del Suelo para la propia obra preexistente.

Puede añadirse al respecto que el conocimiento por parte de la Administración de la situación registral, a fin de posibilitar una eventual reacción frente a la misma, se daría en estos casos incluso aunque la división horizontal no sea simultánea a la declara-

ción de obra nueva: si lo es, el Registrador habrá de comunicarla al Ayuntamiento conforme al art. 20.4; si no lo es, deberá hacerlo a la comunidad autónoma, por imponerlo a la regla general del art. 51.3 del Texto Refundido⁽¹⁰⁾.

La importancia de la diferencia es obvia, si se atiende al supuesto de constitución o modificación de una propiedad horizontal sobre una edificación declarada a modo de obra preexistente u «obra vieja»

Segundo.—Se trata de las excepciones adicionales que se contienen tanto en el citado art. 53 del Real Decreto 1093/1997 como en la normativa catalana, según los cuales tampoco sería exigible la autorización administrativa, aun dándose como resultado de la constitución o modificación operadas un número de elementos privativos no contemplado expresamente por previa licencia, cuando:

- Se trate de **garajes** (en el caso del art. 53 del Real Decreto 1093/1997, se añaden los **locales comerciales**, y en el art. 238 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, los **trasteros**).
- Y salvo que el planeamiento urbanístico regule su número o dimensión⁽¹¹⁾.

Respecto de si estas normas, y la posibilidad que contemplan, siguen vigentes o no, parece evidente la respuesta negativa por lo que a la norma estatal se refiere, siendo como es de índole específicamente registral y de carácter reglamentario, que debe entenderse modificada cuando ahora la ley, sin contemplar tal excepción, exige expresamente «*para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma*».

En cuanto a la norma catalana, hay una doctrina asentada según la cual la necesidad de acreditación de licencia para la inscripción de determinados actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad está condicionada a que la misma sea exigible por la legislación sustantiva aplicable. Sobre la base de ello podría en-

tenderse que las excepciones incluidas en la legislación catalana, en tanto que normativa sustantiva, siguen subsistiendo a todos los efectos.

Esta conclusión solo se vería alterada si se entiende que en este punto la reforma que comentamos tiene ese carácter de legislación básica que la Ley 8/2013 predica, con carácter general y, como decíamos, «*de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.13.º de la Constitución*», y, en el apartado concreto que comentamos, con lo dispuesto en el art. 149.1.18.ª, que atribuye al Estado la competencia sobre procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Siendo así, cabría esgrimir que la norma estatal tiene, en este caso, doble naturaleza, sustantiva e instrumental, determinando, de modo imperativo y con aplicación territorial general, la exigibilidad de autorización administrativa para el acto y de acreditación de la misma para su inscripción registral. Y ello haría inaplicable, en este caso, la doctrina señalada.

Según doctrina asentada, la necesidad de acreditación de licencia para la inscripción de determinados actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad está condicionada a que la misma sea exigible por la legislación sustantiva aplicable

Dicho lo cual podría ocurrir, sin embargo, que la prevalencia de la norma estatal condujera a un resultado de menor rigidez que la de la norma catalana. Me explico: si ahora lo que se exonera de licencia o de autorización es «*la modificación del complejo [cuando] no provoque un incremento del número de sus elementos privativos*», no será necesaria dicha licencia cuando el mayor número de aparcamientos o trasteros no signifique tal incremento, porque los mismos se han individualizado a modo de espacios físicos asociados a la titularidad de cuotas indivisas de un mismo local-elemento privativo; así pues, solo sería exigible si dichos aparcamientos o trasteros fueran individualmente elementos privativos distintos. En cambio, aplicando la norma catalana, resulta que «*si el*



planeamiento urbanístico regula su número o dimensión», cualquier incremento de las plazas de aparcamiento o trasteros estaría sujeto a licencia, con independencia de que sean o no elementos privativos independientes.

II. SEGUNDA PARTE: MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La disposición final 1.ª de la Ley 8/2013 contiene importantes modificaciones en la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), de entre las que vamos a destacar algunas por su relación directa con las que se introducen en el régimen de la propiedad del suelo y a las que nos hemos referido en la primera parte de estos comentarios.

Así, el art. 10 LPH, que mantiene en las letras a) y b) de su n.º 1 la referencia a la obligación de la comunidad de propietarios en relación con las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble o para facilitar la accesibilidad al mismo⁽¹²⁾, añade ahora, en las letras d) y e) del mismo n.º 1, determinadas obras relacionadas con la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana, a los que se refiere el Título II de la Ley 8/2013:

d) *Concretamente, la letra d) se refiere a actuaciones que resulten preceptivas en virtud de dicha inclusión y consistan:*

- En la construcción de nuevas plantas.
- En cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes.
- En la constitución de un complejo inmobiliario.

e) *Mientras que para que las actuaciones de la letra e), consistentes en división material, agregación o segregación, realizadas por voluntad y a instancias de sus propietarios, resulten obligatorias para la comunidad, basta con que las mismas sean posibles a consecuencia de la inclusión del inmueble en dicho ámbito de actuación.*

La importancia de todo ello radica en que cualquiera de estas actuaciones (tanto las ya contempladas en lo sustancial en el antiguo art. 10 como las nuevas) pueden ahora ser ejecutadas sin necesidad de

acuerdo previo de la Junta de Propietarios, aunque impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, y ya vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancias de los propietarios. Y recordemos que, como veíamos antes, y con arreglo al art. 15 LRRRU, para ello quedan legitimados los sujetos que intervengan en la ejecución, sean o no propietarios y representen o no a la comunidad.

No parece que las actuaciones de conservación o de accesibilidad a que ya se refería la norma anteriormente vayan a requerir modificar título constitutivo o estatutos, con lo cual, respecto de las mismas, la única novedad (trascendente en todo caso) es no requerir el acuerdo de la Junta de Propietarios para su ejecución; únicamente para la «distribución de la derrama pertinente y determinación de los términos de su abono», tal y como dice el art. 10.2⁽¹³⁾.

Mayor trascendencia parecen tener las novedades antes señaladas vinculadas al caso de que el edificio haya sido incluido en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana. En este punto, resulta necesario referirse al caso particular de Cataluña, donde la propiedad horizontal tiene una regulación específica en el libro V del Código Civil catalán, el cual, a menos que se modificara a fin de adaptarlo a la LRRRU, y en todo caso hasta que así se hiciera, contiene un régimen sustancialmente diferente del introducido ahora en la LPH.

Naturalmente, las consecuencias de dicha diferente regulación pueden ser unas u otras, en función de cuál sea el sentido de la Sentencia del Tribunal Constitucional al resolver el recurso a que nos referíamos al principio de estos comentarios. Por otro lado, dada la distribución constitucional de competencias en ámbito de legislación civil y la existencia de la reseñada regulación en Cataluña, no es difícil entender que se defiende la prevalencia de la misma frente a la nueva regulación estatal. Pero tampoco lo es entrever la problemática que el mantenimiento de esas diferencias puede conllevar si el nuevo régimen urbanístico acaba por ser de aplicación en toda España, o mientras lo sea. Recordemos en este punto que el art. 9.1 LRRRU atribuye la iniciativa para proponer dichas «actuaciones sobre el medio urbano» a la Administración o a sus entidades públicas adscritas, pero también a los propietarios y las comunidades de propie-

tarios o titulares de derechos reales o de aprovechamiento, así como a las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de cualesquiera de los sujetos anteriores.

Una comunidad de propietarios existente en Cataluña cuyo edificio quedara incluido en un ámbito de actuación de rehabilitación, renovación o regeneración urbana vería cómo se le imponen unas obligaciones, entre ellas, la de costear las obras

Piénsese entonces que una comunidad de propietarios existente en Cataluña cuyo edificio quedara incluido en un ámbito de actuación de rehabilitación, renovación o regeneración urbana vería cómo se le imponen unas obligaciones, entre ellas, la de costear las obras; cómo incluso se anota registralmente la afección de los elementos privativos al cumplimiento de dichas obligaciones (art. 12 de la Ley 8/2013), y cómo, en cambio, no se le permite de la misma manera disponer de los medios que, a modo de simplificación de requisitos, se establecen para facilitar ese cumplimiento mediante las modificaciones en la LPH.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley señala efectivamente como objeto de tales modificaciones el «evitar que los actuales regímenes de mayorías establecidos impidan la realización de las actuaciones previstas en la nueva Ley. No se puede hacer depender algunos de sus más importantes efectos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, **máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad compete a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir**».

Por ello, si acaba admitiéndose «el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.13.ª de la Constitución», que la Ley predica respecto de su contenido en su disposición final 19.ª, también podría entenderse la aplicabilidad en Cataluña de determinadas modificaciones en sede de propiedad horizontal, dada su

vinculación con las novedades urbanísticas y de política general que se introducen en la misma Ley. Es cierto que la propia disposición final 19.^a alude posteriormente, en su n.º 2, a que las modificaciones introducidas en la LPH lo son «*adicionalmente*» al amparo de las competencias del Estado sobre legislación civil del art. 149.1.8.^a de la Constitución (que no pueden invadir las correspondientes a la Generalitat), pero dicho carácter adicional de la concreta justificación competencial sobre esta materia puede entenderse subsidiario, en estos puntos concretos, del que previamente se predica con carácter general respecto de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica. Sin olvidar que, tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley, «*muchas de las exigencias que se demandan en relación con un medio urbano sostenible proceden en la actualidad de la Unión Europea o de compromisos internacionales asumidos por España*»⁽¹⁴⁾.

Como se indica en el Preámbulo de la Ley, «*muchas de las exigencias que se demandan en relación con un medio urbano sostenible proceden en la actualidad de la Unión Europea o de compromisos internacionales asumidos por España*»

Eso querría decir que, en cuanto a las actuaciones a que se refiere ahora el art. 10 LPH en sus letras d) y e), relacionadas con los objetivos de índole económica proclamados por el legislador, el régimen que dicho artículo establece debería entenderse aplicable en todo el Estado, y que, en consecuencia, respecto de los actos correspondientes, no sería exigible el acuerdo de la Junta de Propietarios, aunque conllevaran la modificación del título constitutivo o de los estatutos, lo que obligaría a modificar en dicho sentido las normas contenidas al respecto en el Código Civil de Cataluña⁽¹⁵⁾.

No parece, por el contrario, que deba interpretarse de la misma manera la extensión del plazo de afección al cumplimiento de la obligación de costear las obras que establece el art. 9 LPH para el supuesto de transmisión del piso o local. Dicha afección alcanza ahora a las cantidades adeudadas por los gastos generales del inmueble «*hasta el límite de los que resulten imputables a la*

parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores» (antes, al año anterior), y, por determinación del art. 10.2.c), se extiende también a los gastos por todas las obras incluidas en el n.º 1, y no solo a esos gastos generales. La reforma, en este punto, pretende coordinar la duración de la afección con la que el párrafo anterior del mismo art. 9.1.e) establece a la hora de determinar el carácter preferente del crédito de la comunidad en la relación establecida en el art. 1923 del Código Civil.

Entiendo que la no extensión del plazo a la afección del piso o local transmitido no obstaculizaría, a diferencia de lo que antes decíamos, la aplicación de la nueva normativa de ámbito urbanístico y de política económica, lo que permite sostener la plena vigencia de la norma del actual art. 553-5 del Código Civil catalán. Otra cuestión es si, de entenderse aplicable en Cataluña la nueva normativa urbanística, no resultaría recomendable su modificación, a fin de conceder a las comunidades de propietarios aquí existentes las mismas garantías que a las del resto de España.

Otro punto de la reforma que parece oportuno comentar es el del régimen a que quedan sujetos los actos relacionados en el art. 10.3. Se trata de una norma que empieza por recordar, en la letra a), la necesidad de autorización administrativa para la constitución y la modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el art. 17.6 de la Ley del Suelo.

A continuación, en la letra b), establece una confusa regulación de la que, si he sido capaz de hacer una interpretación adecuada, se deduce:

1.º Su aplicabilidad a los actos de:

- División material, agregación o segregación de pisos o locales.
- Construcción de nuevas plantas.
- Cualquier otra alteración:

1. De la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética.
2. De las cosas comunes.

2.º Tales actos requerirán:

- Autorización administrativa, cuando concurren los requisitos a que alude el art. 17.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.
- Previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.
- Consentimiento de los titulares afectados.

3.º Adicionalmente, se prevé:

- Que corresponderá a la Junta de Propietarios, por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios:
 1. La determinación de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda, de común acuerdo con los titulares afectados.
 2. En caso de discrepancias:
 - a) La fijación de las nuevas cuotas de participación.
 - b) La determinación de la naturaleza de las obras que se vayan a realizar.
- A este respecto también podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley.

Esta norma hay que ponerla en relación con la derogación del art. 8, que, si bien sometía los actos de división, agregación o segregación a la aprobación de la Junta de Propietarios, permitía (según la interpretación jurisprudencial que acabó por imponerse) la cláusula estatutaria que los autorizase sin necesidad de aquella. Esta interpretación se incorporó como norma en el n.º 2.b) del art. 553-10 del Código Civil de Cataluña, que la extiende a la sobreelevación o subedificación de nuevas plantas, si así se ha pactado en el título constitutivo. En consecuencia, hay que empezar por señalar que si en el ámbito territorial sujeto a la LPH la posibilidad de inclusión de dicho tipo de previsión o cláusula estatutaria resulta ahora ciertamente dudosa, no es el caso de Cataluña, en los términos en que la misma viene reconocida por el Código Civil catalán.



Por lo demás, en cuanto a los requisitos de autorización administrativa y aprobación por mayoría de tres quintos que la norma señala, puede decirse:

- Que la remisión, también en la letra b), al art. 17.6 de la Ley del Suelo, que regula la autorización administrativa en los casos de constitución o modificación de complejo inmobiliario, resulta un tanto desconcertante, quizá por su misma innecesaridad, cuando ya la letra a) se refiere expresa y directamente a tales casos. Pero, al mismo tiempo, puede entenderse como un refuerzo de la argumentación relativa a la aplicabilidad a todo supuesto de propiedad horizontal del régimen de licencia que dicho artículo contiene.
- Que la necesidad de autorización de la Junta de Propietarios no es predicable si las actuaciones que se citan reúnen las condiciones a que se refiere el n.º 1 del mismo art. 10, al que antes nos hemos referido.

En relación con la modificación del régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, y tratándose de actos directamente relacionados con el objetivo de la reforma global acometida por la Ley 8/2013, podrían aplicarse en Cataluña las cuotas reducidas del art. 17 LPH

Por último, y en relación con la modificación del régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, introducida en la nueva redacción del **art. 17 LPH**, solo decir que, en tanto en cuanto los actos a que se refieran se entiendan directamente relacionados con lo que es el objetivo de la reforma global acometida por la Ley 8/2013, podría llegarse a entender, si aceptamos la argumentación antes expuesta al comentar el art. 10.1, que también en Cataluña tales actos deberán poder acordarse por las cuotas reducidas de dicho art. 17 LPH.

Serían ejemplos de lo anterior los acuerdos relacionados con la instalación de sistemas o infraestructuras para el aprovechamiento de energías renovables, o para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, que en la LPH quedan sujetos a la aprobación de un tercio, mientras que

el art. 553-25 del Código Civil de Cataluña exigiría la de la mayoría. O el supuesto de instalación de un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado en el aparcamiento del edificio, que, siempre que se ubique en una plaza individual de garaje, solo requerirá la comunicación previa a la comunidad, según el nuevo art. 17.5 LPH.

- (1) Añade a continuación la norma: «*Conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable, en los casos de inejecución injustificada de las obras ordenadas dentro del plazo conferido al efecto, se procederá a su realización subsidiaria por la Administración Pública competente o a la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de esta. En tales supuestos, el límite máximo del deber de conservación podrá elevarse, si así lo dispone la legislación autonómica, hasta el 75 % del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente. Cuando el propietario incumpla lo acordado por la Administración, una vez dictada resolución declaratoria del incumplimiento y acordada la aplicación del régimen correspondiente, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio*».
- (2) Esta última referencia constituye una novedad que introduce, en el ámbito de estas actuaciones, una figura similar a la del «agente urbanizador», privatizando la ejecución de las mismas en una figura distinta de los mismos propietarios (normalmente, empresas especializadas en el sector), bajo el control de la Administración. Además de la dinamización y profesionalización de la ejecución, se pretende liberar a los propietarios del coste o parte del coste de las obras, permitiendo atribuir a este «agente rehabilitador», como forma de pago, determinados derechos en el inmueble que puedan resultar de la actuación, en forma de incremento de edificabilidad, nuevos usos, etc.
- (3) «*Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*».
- (4) El art. 36.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas

- de Cataluña, dispone que «*sin perjuicio de los efectos concretos que en cada caso determine la normativa sectorial, la comunicación previa permite el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, y faculta a la Administración Pública correspondiente para verificar la conformidad de los datos que en ella se contienen*».
- (5) Se reproduce la anterior redacción y, a continuación, en negrita, la nueva:
 - «**b)** El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.
 - b)** Los registradores de la propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho y en la publicidad formal que expidan la práctica de dicha notificación.
 - c) Los registradores de la propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación.
 - c) **Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario. La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados**».
 - (6) Puede consultarse en el n.º 1-2 del año 2004 de esta misma revista un artículo propio titulado «Parcelación y licencia. Apuntes sobre el estado de la cuestión»,

con algunas consideraciones sobre esta materia.

- (7) Dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, al referirse a la Sentencia, que *«caracteriza a los complejos inmobiliarios la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes»*, añadiendo la propia Sentencia que *«según la doctrina científica, la caracterización de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la Ley de Propiedad Horizontal es, pues, la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios»*.
- (8) Dicho artículo establece, en su letra a), que *«no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión»*.
- (9) Según dicha norma, será necesaria la licencia para *«la constitución de un régimen de propiedad horizontal, o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos suscep-*

tibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente».

- (10) *«Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la comunidad autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito»*.
- (11) En los términos de la norma catalana (debe tenerse en cuenta que la misma, pese a lo que pueda aparentar por su fecha, es desarrollo de la contenida en el Texto Refundido de 2010, el cual es refundición de su antecedente de 2005 y las reformas que de este se hicieron en 2007 y 2009). Por su parte, el art. 53 del Real Decreto 1093/97 dice *«salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión»*.
- (12) A continuación, la norma incluye una letra c), que habla de la ocupación de elementos comunes mientras duren tales obras: parece un error de bulto incluir como obligatoria dicha ocupación, que podría ni llegar a ser necesaria.
- (13) Es de suponer que sí se demandará el acuerdo para aprobar el presupuesto de obras; de lo contrario, la norma augura posibles e importantes problemas e incomodidades al Presidente y Administrador de la comunidad.

- (14) *«Entre ellos, la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, refundida posteriormente en la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios, y la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, a las que pueden añadirse la Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, el Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible o la Declaración de Toledo — aprobada por los ministros responsables del desarrollo urbano de los 27 Estados Miembros de la Unión Europea el 22 de junio de 2010—, de acuerdo con la cual “la batalla principal de la sostenibilidad urbana se ha de jugar precisamente en la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada”, y en la que se destaca la importancia de la regeneración urbana integrada y su potencial estratégico para un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo en Europa»*.
- (15) Esa conclusión puede resultar más dudosa respecto de los supuestos de las letras a) y b) del art. 10.1. Sin embargo, el carácter obligatorio de los mismos, cuando menos respecto de las obras de mejora y de accesibilidad, podría deducirse de la propia regulación del Código Civil de Cataluña, cuyo art. 553-25.5 empieza ya por establecer un régimen de mayoría simple para aprobar el acuerdo para, en el n.º 6, permitir a los propietarios afectados, si no se obtuviera dicha mayoría, solicitar del Juez que obligue a la comunidad a ejecutarlas, un permiso que, de no resultar el acto obligatorio por sí mismo, resultaría innecesario otorgar.

Sobre competencia territorial del Notario para la autorización de determinadas actas de notoriedad

José-Javier Cuevas Castaño

Notario jubilado

Exvicedecano del Colegio Notarial de Cataluña

SUMARIO

- I. ACTAS DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO
- II. ACTAS DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIAS DE TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN

I. ACTAS DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

Se trata de determinar si es legal y reglamentariamente aceptable que un Notario carente de competencia territorial para actuar en el lugar en el que tuvo el causante su último domicilio acepte el requerimiento iniciador del acta, recoja la aseveración de hechos por parte del requirente, juzgue su interés legítimo, incorpore la prueba documental y recoja la testifical, trasladando luego todo lo actuado a Notario territorialmente competente, a fin de que este, sobre la base de tal requerimiento, aseveración, valoración del interés legítimo y pruebas ya practicadas, proceda a la declaración de notoriedad solicitada.

La reiteración con la que estos casos se vienen presentando, y que algo tiene que ver con la crisis económica por la que también el mundo notarial atraviesa, aconseja

arbitrar, cuanto antes, normas o criterios de unificación que disipen las dudas de quienes las tengan, que no es mi caso.

He aquí mi opinión sobre el asunto:

1.ª El art. 979 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única de la actual) dispone que «*la declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuges del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiera tenido*

el causante último domicilio en España, y ante el cual se practicará la prueba documental y testifical precisa».

De este precepto se deduce, sin las complicaciones y retorcimientos interpretativos que se han utilizado para desvirtuar su claridad meridiana (en algunas ocasiones, por interés doctrinal o científico, pero, en las más, por meros intereses económicos) que la función del Notario territorialmente competente no se limita a la **declaración** de notoriedad, sino que comprende también la **tramitación** del acta, lo que incluye que ante él se practique la **prueba** documental y testifical, cuya valoración le



FICHA TÉCNICA



Resumen: This paper addresses two different issues: first, it tries to determine whether it's legally and regulatory acceptable or not for a notary lacking territorial jurisdiction to act in the location where the deceased had his/her last address, in order to accept the initiator summons of the action, transferring it afterwards to a territorially competent notary. On the other hand, this paper deals with the issue, finally settled nowadays, of the territorial jurisdiction to authorize the acts of public knowledge complementary to the acquisition deed.

Palabras clave: Notario, competencia territorial, herederos abintestato, acta de notoriedad.

Abstract: The objective of the present article is to determine whether it is legal and in accordance with regulations that a Notary Public who lacks jurisdiction to act in the place where the originator maintained his most recent residence may accept the request that begins the file, draft the requesting party's account of the facts, evaluate his legitimate interest, incorporate the documentary evidence and draft the witnesses' testimony, and afterwards pass on everything in the file to the Notary Public with jurisdiction so that he may proceed, based on this request, account, evaluation of legitimate interest and evidence already collected, to make the declaration of notoriety requested.

Keywords: Notary Public, jurisdiction, heirs ab intestado. declaration of notoriety.

incumbe como elemento de convicción que le permita declarar, **o no**, la notoriedad pretendida, pudiendo incluso requerir más y diferentes pruebas de las habituales (más testigos, edictos, etc.).

Lo que el precepto no impide es que la solicitud iniciadora del acta se lleve a cabo ante Notario que carezca de competencia territorial y que a ella se incorpore la documentación probatoria reglamentariamente exigible, con la particularidad de que será el Notario territorialmente competente el que, en definitiva, juzgue del **interés legítimo** para promover el acta (aunque hubiese sido «provisionalmente» valorado por el Notario que reciba el requerimiento), el que **valore** la suficiencia y eficacia de la **prueba documental** y **practique la prueba testifical**, función esta en la que no podrá haber sido sustituido por el Notario que recibió el requerimiento, pues ello implicaría **sustituir una prueba testifical por la prueba documental de unas manifestaciones testificales** sin posibilidades de ampliar o profundizar en tales declaraciones ni de percibir directamente la **sensación de certeza o veracidad** que hace de las declaraciones del testigo una verdadera prueba, en lugar de un mero trámite.

2.ª A las mismas conclusiones nos conduce el art. 209 bis del Reglamento Notarial, de cuyo contenido destacamos que:

— *Será Notario hábil para autorizar la cualquiera que sea competente para actuar en la población donde el causante*

te hubiera tenido su último domicilio en España.

— *El Notario requerido habrá de poner en conocimiento del Decano del respectivo Colegio Notarial [...] la iniciación de la tramitación del acta.*

Cualquier otra intervención previa por parte de Notario sin competencia territorial no es encuadrable entre las «actas de notoriedad» propiamente dichas, sino entre las que cumplen las finalidades propias de los llamados *exhortos notariales*

3.ª Del análisis conjunto de los preceptos citados, resulta que la **verdadera** acta de notoriedad declarativa de herederos abintestato ha de ser necesariamente **tramitada** por Notario territorialmente competente (art. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y que su **tramitación** se inicia ya con el requerimiento a dicho Notario, siendo obligación del **Notario requerido**, que necesariamente ha de ser territorialmente competente, efectuar la comunicación al Decano del Colegio Notarial correspondiente al domicilio del causante. De ello deducimos que cualquier otra intervención previa por parte de Notario sin competencia territorial no es encuadrable entre las «actas de notoriedad» propiamente dichas, sino entre las que cumplen las finalidades propias de

los llamados *exhortos notariales* a través de actas atípicas y complejas en las que se entremezclan elementos propios de las actas de manifestaciones, de protocolización y de requerimiento.

En cuanto a la aplicabilidad a las actas de declaración de herederos abintestato de la **dualidad** que con carácter general impone el último párrafo del art. 209 del Reglamento Notarial, he de expresar mis serias dudas respecto al carácter imperativo de tal norma, cuya utilidad no se me alcanza y cuya repercusión económica sobre la clientela aconseja una aplicación restrictiva e, incluso, una **lectura correctora**.

4.ª La Dirección General de los Registros y del Notariado ha abordado el tema de la competencia territorial respecto a las actas de notoriedad que nos ocupan en las tres resoluciones que pasamos a examinar:

- En la de 22 de diciembre de 2011, dice que «el Notario actuante debe ser el del último domicilio del causante», puesto que ello «garantiza la inmediatez y cercanía del causante, necesarias para realizar la declaración (datos registrales, declaración de testigos, notoriedad de situaciones, etc.), pues se presume que el último domicilio es el lugar más razonable y/o probable en el que tener acceso a dicha información».
- En la de 6 de mayo de 2013 se llega incluso a «recordar igualmente las evidentes responsabilidades disciplinarias en que concurre el Notario displicente en el control de su propia competencia territorial».
- Pero es en la de 10 de febrero de 2006 (misteriosamente desaparecida de los anuarios de la Dirección General y de los «localizadores» habituales, pero que hemos encontrado en el inolvidable *Boletín de Información* del que fue Colegio Notarial de Granada, n.º 286) en la que el tema se aborda con mayor rigor y minuciosidad, excluyéndose no solo la viabilidad de una declaración de notoriedad por Notario territorialmente incompetente, sino incluso la posibilidad de que, a través de su actuación previa a tal declaración, se produzca intromisión en la tramitación del acta, que corresponde íntegramente a Notario con competencia para actuar en el último domicilio del causante.



En esta Resolución se dice que:

El art. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, exige que la prueba testifical y documental precisa para la declaración de la notoriedad pretendida se practique ante el Notario que tramita el acta y a quien compete la declaración de notoriedad; en consecuencia, debe reproducirse ante este la prueba íntegra, documental, testifical o de otra índole necesaria para la formación del juicio de notoriedad.

En relación con la prueba testifical, se podría considerar que, si el acta interrumpida no se limita a recoger una genérica afirmación del Notario incompetente de la comparecencia ante él de los testigos, sino que reproduce con detalle suficiente, a juicio del Notario competente, las declaraciones testificales sobre todos los extremos necesarios conforme a la Ley para la declaración de notoriedad, el testimonio notarial de tal diligencia, incorporado al acta tramitada por Notario competente, permitiría entender cumplida aquella exigencia legal por razón del valor probatorio del documento expedido por el primer Notario bajo su fe. No obstante, ello no es así. En primer lugar, porque la exigencia de que la prueba se desarrolle ante Notario territorialmente competente para la tramitación del acta es una exigencia formal que sustenta valores sustantivos, pues se justifica por la necesaria inmediatez en la dirección del proceso probatorio que se encomienda a aquel Notario que objetivamente, y a priori, está en mejores condiciones para recoger y valorar la prueba; no obstante, ello no es incompatible con el hecho de que el Notario ante quien se tramita el acta pueda aceptar como prueba testifical la desarrollada ante otro Notario, cuando ello no obedezca a la voluntad del requirente de sustraer esta pieza probatoria al Notario competente, sino que, por razón de la residencia o situación de los testigos idóneos, de la escasez de estos u otras circunstancias sujetas a su valoración, le quede justificada la conveniencia o necesidad de esta forma de proceder, siempre que el contenido del acta sea suficientemente completo y detallado en todos los extremos procedentes, a juicio del Notario ante quien se tramita. Pero es que, en segundo lugar, tratándose de una acta iniciada ante Notario incompetente por razón del territorio y,

posteriormente, interrumpida, al evidenciarse aquella circunstancia, el acta no se incorpora al protocolo y, por tanto, no pudiendo ser calificada de acta notarial, carece del valor de documento público y de su eficacia probatoria, razón por la cual la prueba testifical recogida en ella no podría ser utilizada ante otro Notario, sino que, si concurren las circunstancias que justificarían este modo de proceder, se deberá otorgar una nueva acta, esta vez de manifestaciones, recogiendo las verdaderas por los testigos con todo el detalle y amplitud necesarios.

II. ACTAS DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIAS DE TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN

El art. 199 de la Ley Hipotecaria dispone:

*La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará: [...] b) Mediante el título público de su adquisición, **complementado por acta de notoriedad** cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.*

El art. 298.1.2.º del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, reguló la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna mediante el título público de su adquisición y, cuando no se acreditase fehacientemente la previa adquisición por el transmitente o causante, mediante acta de notoriedad complementaria y acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño, remitiendo al art. 209 del Reglamento Notarial en cuanto a la tramitación de tal acta.

El art. 209 del Reglamento Notarial regulaba entonces y sigue regulando ahora de manera genérica las actas de notoriedad, sin contener pronunciamiento alguno respecto a competencia territorial para autorizarlas.

El Consejo General del Notariado, mediante su Circular 6/1998, reguló las actas que nos ocupan haciendo uso de su facultad de «adoptar las medidas necesarias para procurar la **unificación de la práctica notarial**» (art. 344.4 del Reglamento Notarial).

En dicha Circular, de efectos vinculantes para los notarios y hasta la fecha no ex-

presamente derogada o modificada por el Consejo, se disponía que «será Notario hábil para autorizarla cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inmatriculación».

El propio Consejo General del Notariado, en la Circular 6/1999, insistió en su posición de «imponer el criterio de competencia territorial, sin perjuicio del derecho a elegir entre los notarios competentes por razón del territorio», y justificó esta posición diciendo que «este es el criterio que se ha seguido, tanto por el Reglamento Notarial como en el Hipotecario, en actas similares, y es el único congruente con la finalidad perseguida con esta acta notarial, a saber, comprobar que una determinada persona es socialmente considerada como auténtico dueño en el lugar de situación de la finca, ya que ello solo puede hacerlo con todas las garantías el Notario hábil para actuar en **ese lugar**».

Estas **actas de notoriedad complementarias de título público de adquisición** fueron objeto de especial regulación en el art. 210 del Reglamento Notarial (redacción del año 2007), resultando del mismo que «será Notario hábil para cumplimentarla cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inmatriculación».

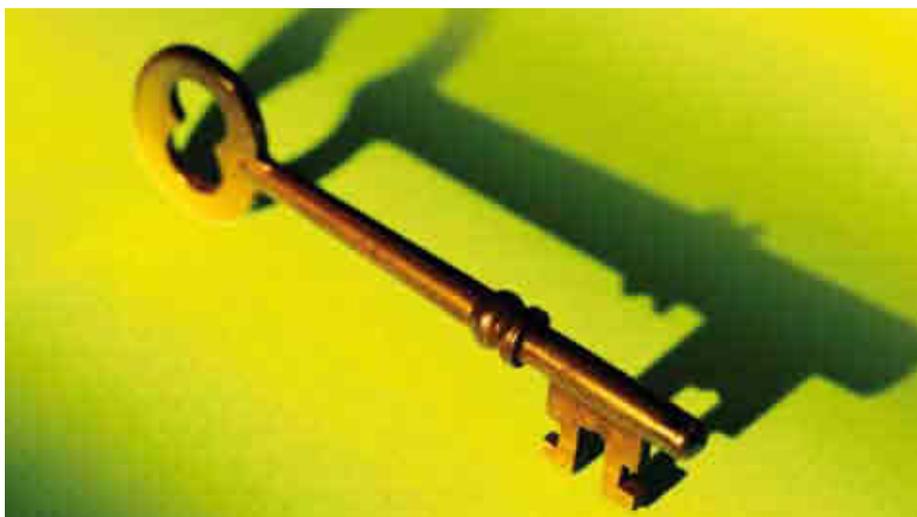
Será Notario hábil para cumplimentar el acta de notoriedad cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inmatriculación

Sin embargo, ese art. 210 del Reglamento Notarial, único que establecía terminantemente la competencia territorial excluyente de los notarios del lugar, fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 2008, lo que dejó sin cobertura expresa a las dos circulares del Consejo General y posibilitó que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su función revisora de calificaciones registrales, sin sentirse vinculada en lo más mínimo por el criterio «interno» y de mera unifica-

ción de la práctica en que descansaron las dos citadas circulares, resolviéndose, en fechas 6 de julio de 2005 y 16 de abril de 2013, que no constituía defecto que impidiese la inscripción el hecho de que estas actas complementarias hubiesen sido autorizadas por notarios distintos de aquellos territorialmente competentes para actuar en el lugar donde radicase la finca en cuestión, ya que «*ni el art. 298 del Reglamento Hipotecario ni el art. 209 del Reglamento Notarial requieren la competencia territorial del Notario*», aunque «*no puede olvidarse que las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios*», que «*podrá ser realizada más fácilmente por un Notario que sea competente en el lugar en que se sitúe la finca por inmatricular, y únicamente aquel podrá practicar pruebas que requieran su presencia o actuación directa e inmediata en dicho lugar*», con lo que «*los interesados verían facilitada la posibilidad de alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos*».

Ocurre, sin embargo, que, a pesar de que la Dirección General se mostrase teóricamente partidaria de la competencia territorial excluyente, no podía llevar ese criterio hasta sus últimas consecuencias, ya que sus pronunciamientos se producían en el contexto de sendos recursos gubernativos, cuya finalidad es confirmar o revocar la calificación del Registrador de la Propiedad, quien para calificar debe atender a las normas legales o reglamentarias vigentes, sin poder basarse en circulares o comunicaciones internas del Consejo General del Notariado, vinculantes únicamente para notarios y órganos de la Corporación Notarial, en tanto en cuanto se asientan en las facultades que al Consejo General reconoce el art. 344 del Reglamento Notarial.

Lo cierto es que las dos circulares y la segunda de las resoluciones citadas, aun cuando lleguen a pronunciamientos distintos, ponen de manifiesto la idea de que la **notoriedad**, entendida como **hecho perceptible y dato constatable en un entorno territorial y social concreto**, difícilmente podría ser apreciada por Notario que no pueda pulsar y valorar directamente esa realidad ni tenga posibilidad de utilizar, de entre las «*pruebas que estime necesarias*» (art. 209.2.º del Reglamento Notarial), la de **indagación in situ** para recoger las manifestaciones que hiciesen, por ejemplo, los más próximos vecinos de la finca de que se trate.



Sin embargo, nuestra opinión y argumentos se han desvanecido totalmente al conocer la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, esta vez del Sistema Notarial, de 18 de septiembre de 2013, que desmiente aquellos guiños de la Dirección General hacia quienes se pronunciaban a favor de la competencia territorial excluyente y que, ahora ya dentro del ámbito propiamente corporativo notarial, invalida la posición del Consejo General del Notariado y zanja toda discusión sobre la materia, aunque con ello sufran menoscabo la seguridad jurídica y el propio Consejo General.

La Resolución de 18 de septiembre de 2013 zanja toda discusión

Según esta Resolución (esperable para quienes conocen las actuales sensibilidades, orientaciones y vientos dominantes en la Dirección General, así como el clima en el que se desarrollan sus relaciones con el Consejo General del Notariado):

El art. 209 del Reglamento Notarial no requiere la competencia territorial del Notario. [...] Y aunque el art. 210 del mismo Reglamento, según la redacción que al mismo dio el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, disponía específicamente para tales actas que sería Notario hábil para cumplimentarla cualquiera que fuera competente para actuar en la población en cuyo término municipal se hallare la finca objeto de inmatriculación, dicho precepto reglamentario quedó anulado por la Sen-

tencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008.

La Circular 6/1998 del Consejo General del Notariado contenía una serie de normas con carácter de requisitos mínimos que debían ser observados en la autorización de estas actas. La reforma del Reglamento Notarial operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, recogía en su art. 210 los mismos criterios formulados por el Consejo General del Notariado en dicha Circular, pero fueron declarados nulos por Sentencia del Tribunal Supremo por improcedencia de la regulación reglamentaria carente de habilitación legal al respecto.

Por lo tanto, la regulación vigente de las actas complementarias de título público de adquisición se encuentra en el art. 298 del Reglamento Hipotecario y en el art. 209 del Reglamento Notarial, de los que no resulta la competencia territorial del Notario autorizante.

A quienes creemos que esta manera de zanjar la cuestión no es precisamente la más adecuada, ya que con ella disminuye la seguridad jurídica, que debería constituir el objetivo común y prioritario de notarios, registradores, Consejo General y Dirección General, solo nos cabe esperar que la «ley del péndulo», a la que tan acostumbrados nos tienen, ponga otra vez las cosas en su sitio mediante la recuperación, con el rango normativo que corresponda, del art. 210 del Reglamento Notarial, que fue arrasado por la Sentencia de 20 de mayo de 2008, de la que, promesas ministeriales aparte, todavía no nos hemos recuperado.

Celebrado el XXVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado

Enric Brancós Núñez
Notario de Gerona

Los pasados 10, 11 y 12 de octubre tuvo lugar en Lima el XXVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado. En un entorno de auge económico del Perú y de gran protagonismo del Notariado peruano en los ámbitos jurídico, político y social, el Congreso sumó una participación de cerca de mil doscientos notarios de todo el mundo bajo la Presidencia de Jean Paul Decorps, Presidente de la Unión Internacional del Notariado, que cerraba con broche de oro una magnífica legislatura al frente del Notariado mundial, y de Luis Enrique Carlos Becerra Palomares, Notario de Lima y Presidente de la Junta de Decanos.

La apertura del Congreso corrió a cargo del Presidente del Congreso de la República del Perú, Freddy Otálora Peñaranda, y el acto de clausura contó con la presencia del Ministro de Justicia, Daniel Figallo, y del Presidente del Gobierno, Juan Jiménez Mayor, quien destacó el importante papel de los notarios y de su sistema de seguridad jurídica en el auge de las inversiones en el Perú.

Los debates se centraron sobre dos temas: «Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales» y «Seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación». Los ponentes, por parte de España, fuimos Rodrigo Tena, brillante como de costumbre, para el

primero de los temas, y yo mismo, para el segundo.

Bajo la coordinación de Pascal Chassaing, Notario de París, el primer tema mostró, ante todo, la riqueza que aporta la diversidad cultural en materia de organización familiar y sucesoria. Se constató que la tendencia general se orienta hacia la aceptación de nuevas formas de convivencia y de una mayor autonomía de la voluntad para regularlas, siempre dentro de unas líneas infranqueables, que son el principio de no discriminación, la igualdad de los miembros de la pareja y la protección a la descendencia. Sin perjuicio de que en algunas zonas del mundo el matrimonio mantenga una gran carga religiosa o en otras, por el

contrario, que la convivencia se organice en formas mucho más abiertas, el reconocimiento de esta mayor esfera de libertad civil va avanzando y requiere de un asesoramiento jurídico riguroso y de confianza. La verdadera libertad civil solo puede darse plenamente donde se articula de forma segura y eficaz.

Por tales razones fue obligado reconocer el papel fundamental del Notario en la organización jurídica de este ámbito de libertad, que ha venido a calificarse como «privatización» del Derecho de Familia, cuando en realidad no es tal. No se «privatizan» las relaciones familiares, sino que se limita el ámbito de protección a los principios verdaderamente merecedores de tute-





Internacional

la antes enunciados, dejando dentro de su marco un mayor espacio a la autocomposición de intereses.

Los debates se centraron sobre dos temas: «Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales» y «Seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación»

Resultó ejemplificadora la diferente postura que se asigna al Juez en la revisión de los pactos de familia. Mientras en Alemania rara vez se corrige en sede judicial un pacto capitular formalizado por los consortes o convivientes, sea para regular la unión, sea para prevenir su ruptura, en otros países (España, en buena medida) dicha intervención judicial revisora es mucho más intensa, lo cual, lejos de generar seguridad jurídica, provoca incerteza.

Por consiguiente, a la intervención notarial, caracterizada por la información del consentimiento, el control de legalidad y la seguridad jurídica y documental en interés de las partes y de los terceros, debe sumarse la ejecutividad de lo pactado en los términos acordados. Uno y otro polo se compensan, de forma que a un mayor rigor en la formación del consentimiento le ha corresponder una mayor certeza en sus efectos. Como resume Rodrigo Tena: el reconocimiento de la libertad civil de los ciudadanos exige articularla a través del Notario mediante un procedimiento flexible que garantice simultáneamente un consentimiento verdaderamente informado, el control de la legalidad y la imprescindible seguridad jurídica en beneficio de las partes y de los terceros; se trataría, además, de un procedimiento idóneo para evitar la actual decadencia del matrimonio, muy perjudicial desde el momento en que implica también la huida del contrato.

En los debates del segundo tema, «Seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación», hubo general conformidad en que la crisis *subprime* ha puesto de manifiesto la necesidad de una regulación del mercado

inmobiliario que evite la repetición de sus funestas consecuencias. Las carencias en los sistemas de titulación de la propiedad y de las garantías inmobiliarias accesorias han colocado el sistema financiero internacional al borde del colapso. El elevadísimo montante económico de la propiedad inmobiliaria, su perdurabilidad en el tiempo, la concurrencia de diferentes derechos en una misma finca, las asimetrías de información, los costes de incertidumbre, transacción y aseguramiento, la importancia del valor de los inmuebles en las economías domésticas y la función social que delimita el Derecho de Propiedad aconsejan que el comercio de los inmuebles y sus garantías se sometan a un control o regulación que evite la repetición del fracaso vivido. En esta función, el Notario resulta la pieza idónea, fundamentalmente a través del consentimiento informado que proporciona y del control de legalidad que ejerce.

Todos los notariados mundiales exhibieron grandes avances en el campo de la conexión telemática con el Fisco, el Catastro y los registros. En la mayoría de ellos, la consulta a los libros del Registro es directa y gratuita para el Notario a la hora de preparar una determinada operación. También su comunicación posterior se agiliza. La inscripción en los registros tiende a desarrollarse a través de protocolos de comunicación informática que incorporan los datos esenciales de la escritura que el Notario opera directamente y remite de forma instantánea tras el otorgamiento de la escritura.

Todos los notariados mundiales exhibieron grandes avances en el campo de la conexión telemática con el Fisco, el Catastro y los registros. En la mayoría de ellos, la consulta a los libros es directa y gratuita para el Notario a la hora de preparar una determinada operación

Comprobamos la influencia de la doctrina registral española en el Perú, cuya ponencia citaba a los consabidos Méndez, Gómez Gállego, Pardo y García Herguedas, apuntando tesis que nos resultan sobradamente conocidas.

Se puso de manifiesto, asimismo, el valor de la conexión internacional de los nota-

rios a través de sistemas como EUFIDES, que permiten los otorgamientos prácticamente simultáneos celebrados en países distantes entre sí y que facilitan y abaratan los costes no solo en el sector inmobiliario, sino en todos los ámbitos del tráfico jurídico internacional.

El Notario desarrolla una función de regulación con un elevado grado de eficiencia. Donde impera el Notariado latino-germánico no se producen problemas de titulación de la propiedad y de las garantías inmobiliarias, que sí se dan en los países (EE. UU.) donde aquella institución, tal y como nosotros la conocemos, no existe

Se trató, asimismo, de la necesaria independencia del Notario respecto de los grandes operadores económicos. Mientras algunos denunciaban los peligros de una excesiva concentración en la contratación bancaria, otros argumentaban que el Notario dispone de medios suficientes para mantener su imparcialidad. El representante de Alemania, Wolfgang Ott, Notario de Múnich, explicó que en su país los colegios notariales vigilan especialmente las concentraciones de trabajo en un solo cliente y, en su caso, advierten tanto al Notario como al operador económico para evitar posibles influencias en perjuicio de los contratantes que se encuentran en posición negocial más débil.

Como conclusión, puede decirse que fue opinión unánime que el Notario desarrolla una función de regulación con un elevado grado de eficiencia, y buena prueba de ello está en que en los sistemas donde impera el Notariado latino-germánico no se han producido los problemas de titulación de la propiedad y de las garantías inmobiliarias que se han dado en los países (EE. UU.) donde esta institución, tal y como nosotros la conocemos, no existe.



Reseñas de normativa

Elisabeth García Cueto
Notaria de Barcelona
Profesora colaboradora de la Facultad
de Derecho de ESADE-URL

Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, relativos al control de las concentraciones entre empresas

Las principales reformas son relativas a las siguientes materias: en primer lugar, se actualizan y se reducen los requisitos de información que figuran en los formularios de la notificación de concentraciones. Ahora bien, el aumento del número de estas puede ser notificado utilizando el formulario abreviado establecido en el anexo correspondiente del Reglamento del año 2004. Las notificaciones deben contener los datos exigidos en los formularios correspondientes de los anexos I y II del citado Reglamento.

Una vez notificada la concentración, y siguiendo lo dispuesto legalmente, se puede acceder al expediente de la Comisión, pero nunca con autoridades de competencia fuera del Espacio Económico Europeo.

Finalmente, se establece la aplicación de la ampliación del plazo de adopción de una decisión, de conformidad con los arts. 8.1, 8.2 y 8.3 del Reglamento del año 2004, a todas aquellas empresas que ofrecen los compromisos previstos en el párrafo 2.º del art. 8.2 dentro de los cincuenta y cinco días hábiles después de la incoación del procedimiento, y siempre que presenten una versión modificada de los compromisos dentro de los cincuenta y cinco días hábiles, o más, después de dicha incoación.

Extranjería y la Ley de Emprendedores

La nueva Ley de Emprendedores (Ley 14/2013, de 27 de septiembre) ha recogido una serie de medidas apoyando a este colectivo e introduciendo novedades en materia de Derecho de Extranjería, pues enfatiza de manera clara la internacionalización de sus actividades económicas.

Las medidas, que coexisten con el régimen existente, se centran en agilizar los trámites para la concesión de visados y autorizaciones de residencia para los nacionales de países que no sean Estados Miembros de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo o Suiza. La finalidad es clara: atraer inversores y emprendedores con talento a territorio español.

Estas medidas afectan a todas aquellas personas que creen trabajo e implementen proyectos empresariales en España, así como también a las que inviertan en títulos de

deuda pública española (por valor mínimo de 2.000.000 de euros) o en acciones y/o participaciones en empresas españolas o depósitos bancarios de entidades financieras españolas (por valor mínimo de 1.000.000 de euros). Asimismo, contempla supuestos de adquisición de bienes inmuebles (inversión por valor de 500.000 euros, y siempre que estén libres de cargas o gravámenes). Estos, como avancé anteriormente, podrán beneficiarse en el acceso a visados y autorizaciones de residencia, así como las relativas a Unidad de Grandes Empresas (incluyendo el supuesto de traslado intraempresarial, siempre que el trabajador haya tenido un período mínimo de tres meses de relación laboral con el empresario que lo va a trasladar).

Consulta V2730-13, de 16 de septiembre de 2013

En el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la presente consulta responde a la necesidad de perfeccionar el modelo de dicho impuesto y proceder a su presentación cuando el cónyuge del presentante no dispone de NIE.

Pues bien, conforme a la normativa fiscal, todas las personas han de incluir su NIE, y, en caso de no poseer uno, han de solicitar la asignación del mismo. Aunque si bien es cierto que la presentación sin el mismo se podría admitir, la tramitación no podrá continuar si pasados diez días desde la presentación no se ha aportado. La declaración se tendrá por no presentada.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Fecha desde julio a noviembre de 2013

Por Redacción de LA LEY

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Carácter no abusivo de la cláusula de exención de responsabilidad incluida en un acuerdo de resolución contractual

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 545/2013, de 24 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 155550/2013

ITER PROCESAL: Celebrado entre las partes un contrato de prestación de servicios de gestión inmobiliaria, el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de la cooperativa arrendadora y condenó a la arrendataria al pago de 300.000 euros en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato. Al mismo tiempo, desestimó la demanda acumulada formulada por la arrendataria en reclamación de honorarios. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda de la cooperativa y estimó la demanda acumulada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la cooperativa.

Labores de gestión en las promociones inmobiliarias realizadas por una cooperativa. Posterior acuerdo de resolución del contrato con inclusión de una cláusula que establecía que las partes no tenían nada que reclamarse judicial o extrajudicialmente. Demanda de nulidad del acuerdo y de resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios formulada por la cooperativa. Desestimación. La facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC debió ejercitarse de forma previa al acuerdo de resolución, sobre la base del incumplimiento del inicial contrato de prestación de servicios, y no al revés, una vez formalizada la extinción de la relación obliga-

toria, con la correspondiente liquidación de los gastos pendientes. Carácter no abusivo de la cláusula de renuncia, en el contexto del acuerdo de resolución, desde la perspectiva de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. La cláusula no se encuentra entre las cláusulas típicas que expresamente sanciona dicha Ley como abusivas por la limitación de los derechos de los consumidores, ya que la exoneración de responsabilidad no se establecía de forma unilateral para una de las partes, sino bilateralmente para ambas. Tampoco puede considerarse contraria a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones de las partes porque no comporta una renuncia unilateral y abstracta de los derechos de una de las partes. Por otro lado, el acuerdo de resolución contractual, incluida la cláusula de exoneración, no fue redactado con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos, lo que le excluye del concepto de condición general de la contratación, y la cooperativa, como persona jurídica, no tiene la condición de consumidor.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Los cesionarios de los derechos sucesorios de un heredero de la arrendadora fallecida pueden reclamar al arrendatario las anualidades del I.B.I. vencidas durante la existencia de la comunidad hereditaria

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 708/2013, de 7 de noviembre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 174533/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda del arrendatario y declararon la obligación de los arrendadores de realizar determinadas obras en el inmueble arren-



dado. También estimaron parcialmente la reconversión de estos condenando al arrendatario al pago de cierta cantidad en concepto de diferencias por actualización de la renta. El Tribunal Supremo estima los recursos extraordinario por infracción procesal y casación interpuestos por los arrendadores y casa la sentencia recurrida en el sentido de condenar al arrendatario al pago de la cantidad reclamada por anualidades vencidas del I.B.I.

Reclamación de anualidades del I.B.I posteriores al fallecimiento de la arrendadora originaria. Estimación. Cesión a los reclamantes de los derechos sucesorios de uno de los herederos de la arrendadora, consolidando aquellos su situación dominical en virtud de la posterior partición de herencia, en la que se les adjudicó el pleno dominio del inmueble arrendado. Legitimación de los cesionarios en su condición de titulares del contenido económico de la posición sucesoria de su cedente. Como tales se responsabilizan no solo de las obligaciones del causante sino también de los derechos o créditos que ostente (art. 659 CC). Recurso extraordinario por infracción procesal. Error en la apreciación de la prueba. La sentencia recurrida declaró probado algo que documentalmente es evidente que no concurrió, cual es que los recibos de I.B.I de 2003 a 2006 fueron abonados por la anterior propietaria, dado que la misma había fallecido en 1995, y en este aserto se apoyó la sentencia para negar legitimación a los cesionarios.

Las obras impuestas administrativamente son repercutibles en los contratos de arrendamiento de vivienda concertados antes de 9 de mayo de 1985

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 685/2013, de 30 de octubre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 170015/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que confirmó la resolución del Juzgado que estimó parcialmente la demanda declarando que procedía, en el arrendamiento de vivienda cuestionado, la repercusión de suministros y servicios efectuados, conforme al coeficiente de participación de la vivienda.

Vivienda. Repercusión al arrendatario de las obras de acondicionamiento de ascensor efectuadas por orden de la Inspección Técnica de Ascensores. Repercusión de suministros y servicios relativos al gasto de mantenimiento del ascensor, coste de alumbrado, limpieza y servicio de portería de acuerdo con el coeficiente del piso. Repercusión de las obras efectuadas en la fachada por imposición de la Inspección Técnica de Edificios. Procedía la repercusión de suministros y servicios efectuados, conforme al coeficiente de participación de la vivienda. En los casos de obras impuestas administrativamente, sí son repercutibles las obras en los contratos de arrendamientos de viviendas concertados antes de 9 de mayo de 1985.

COMPRAVENTA

Invalidez de la licencia de primera ocupación por falta de ajuste de la vivienda objeto del contrato de compraventa a la legalidad urbanística

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 610/2013, de 23 de octubre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 170017/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pozuelo de Alarcón que declaró resuelto el contrato de compraventa.

Contrato de compraventa de vivienda. La relación contractual se declara resuelta por los incumplimientos que se atribuyen a la vendedora. Ésta deberá restituir a la compradora la parte del precio que de ella ha recibido. Examen del incumplimiento resolutorio. Identidad de la cosa objeto del contrato. Rebeldía del deudor. Características del incumplimiento con fuerza resolutoria. Equiparación de la invalidez de la licencia de primera ocupación a su ausencia. Falta de ajuste de la vivienda objeto del contrato de compraventa a la legalidad urbanística.

Las cláusulas penales no pueden interpretarse de manera extensiva, más allá de la pura literalidad de las mismas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 506/2013, de 17 de septiembre (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 152830/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda, declararon perfeccionado el contrato de compraventa celebrado entre los litigantes y condenaron a los vendedores incumplidores al pago de la indemnización fijada en la cláusula penal. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los vendedores, anula en parte la sentencia recurrida y, tras asumir la instancia, revoca la sentencia del Juzgado en el extremo relativo a la condena al pago de la indemnización por incumplimiento contractual.

Oferta de contrato. Carácter recepticio de la revocación de la oferta. El contrato queda perfeccionado si la aceptación se produce en el plazo de vigencia de la oferta y antes de que la revocación llegue a conocimiento del destinatario de la oferta. En este caso, la revocación de la oferta por los vendedores se produjo después de que el mandatario de la compradora les comunicase telefónicamente la aceptación de la oferta dentro del periodo de vigencia de la misma. Cláusula penal. Interpretación restrictiva. Improcedencia de extenderla más allá de la pura literalidad. La aplicación de la sanción prevista en la cláusula para el supuesto de incumplimiento de los vendedores requería que el contrato hubiese empezado a ejecutarse y los vendedores hubiesen percibido parte del precio. Al haber extendido la aplicación de la cláusula al supuesto de incumplimiento sin que se hubiera iniciado la ejecución del contrato ni los vendedores hubieran percibido cantidad alguna, el Juzgado realizó una interpretación extensiva de la cláusula, más allá de la pura literalidad de la misma, contraviniendo la doctrina jurisprudencial. Incongruencia omisiva. Incurrió en ella la sentencia de apelación al no resolver, por considerarla una cuestión nueva, la impugnación por los vendedores de la aplicación de la cláusula penal realizada por el Juzgado tras desestimar la alegación de falta de perfección del contrato en el que se contenía tal cláusula. Asunción de la instancia por el Tribunal Supremo. Revocación de la condena a los vendedores a abonar a la compradora la cantidad prevista en la cláusula penal.

Seguro de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: imposibilidad de establecer límites a las cantidades aseguradas inferiores a las sumas entregadas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 476/2013, de 3 de julio (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 143608/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad y, subsidiariamente, resolución del contrato de compraventa de vivienda adquirida por el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia recurrida y declara la resolución del contrato.

Compraventa de vivienda. Resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega. Nulidad por abusivas de las cláusulas que establecían una prórroga de 6 meses respecto a la fecha de entrega pactada y cualquiera otra prórroga derivada de la falta de concesión de licencias como la de primera ocupación. Deben declararse abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor, las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla. Seguro de cantidades entregadas a cuenta sujeto a la Ley 57/68. Condena solidaria a la aseguradora e imposibilidad de establecer límites a las cantidades aseguradas inferiores a las sumas entregadas por los compradores.

CONTRATO DE SEGURO

Efectos de la retroacción de la declaración judicial de invalidez del asegurado (riesgo cubierto) a una fecha anterior a la de suscripción del seguro

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 449/2013, de 10 de julio (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 155789/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda formulada por el asegurado solicitando la condena de la aseguradora a la amortización total del préstamo hipotecario protegido por el seguro. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al de casación interpuesto por la aseguradora, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Contrato suscrito en garantía de la amortización de un préstamo. Reclamación de la prestación pactada para el supuesto de declaración de incapacidad permanente absoluta del asegurado. Desestimación. Nulidad del contrato celebrado ya que cuando se suscribió el mismo ya existía la situación de incapacidad permanente absoluta del asegurado como consecuencia de enfermedad común y tal declaración había sido solicitada por el demandante en vía judicial, siéndole reconocida mediante sentencia que retrotrajo los efectos de la incapacidad a una fecha anterior a aquella en que se contrató el seguro. Voto particular.

DIVORCIO

La atribución del uso de la vivienda familiar que no sirve a los fines del matrimonio debe limitarse al tiempo necesario para liquidar la sociedad de gananciales

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 726/2013, de 19 de noviembre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 180585/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron en parte la demanda de divorcio y, entre otras medidas, atribuyeron a la esposa la guarda y custodia de la hija del matrimonio y el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la esposa.

Vivienda familiar. Atribución de su uso a la hija y al progenitor custodio únicamente durante el tiempo necesario para liquidar la sociedad de gananciales. La vivienda familiar es aquella en que la familia ha convivido como tal, con una voluntad de permanencia. En el caso de autos, aunque por determinación de ambos cónyuges el domicilio familiar se fijó en Sevilla, la vivienda no constituye la residencia habitual de la unidad familiar ya que, por razones de trabajo, ninguno de ellos convive habitualmente en ella, y la medida que se adopta no solo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, sino que facilita la liquidación del haber conyugal y el consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias.

La decisión del hijo mayor de edad de convivir con uno de los progenitores no es un factor a tener en cuenta al atribuir el uso de la vivienda familiar

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 707/2013, de 11 de noviembre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 179525/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la sentencia de divorcio y, entre otras medidas, atribuyó a la esposa la guarda y custodia del hijo común, menor de edad, asignando a este el uso del domicilio familiar. La AP Madrid mantuvo a favor del hijo común, ya mayor de edad, la atribución del uso del domicilio familiar pero en compañía del padre con el que convive en lugar de la madre. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la esposa y casa la sentencia recurrida en el particular relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, que adjudica a la esposa hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial, o antes si se procede a su venta.

Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo alcanzó la mayoría de edad. Interés más necesitado de protección. La decisión del hijo de convivir con uno de los progenitores no es un factor a tener en cuenta al atribuir el uso de la vivienda.

MATRIMONIO

Usucapión de acciones por la sociedad de gananciales constituida por el difunto esposo de la demandante y su segunda esposa

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 668/2013, de 30 de octubre (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 170020/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo estima uno de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y desestima la demanda interpuesta en reclamación de cantidad frente a una comunidad postganancial.

Capitulaciones matrimoniales. Cambio de régimen de gananciales a separación de bienes, y posterior divorcio. No procede la adi-



ción a las capitulaciones matrimoniales otorgadas entre la actora y su ex marido, ya difunto, de 67 acciones de una entidad. Prescripción adquisitiva de los títulos a que se refiere la demanda a favor de la sociedad de gananciales. Usucapión. Adquisición del dominio por usucapión. Quedó cumplida la usucapión con el transcurso de los seis años siguientes a la transmisión de las acciones a quien estaba casado con la demandada bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales, por lo que se produjo la usucapión o prescripción adquisitiva a favor de ésta respecto de tales acciones y dichos títulos no pueden ser ahora reclamados por la demandante como propietaria del 50%. Teoría de los actos propios.

NOTARIOS

Compensaciones institucionales para los que desempeñen cargos o tareas corporativas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre de 2013 (Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) LA LEY 162974/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el Consejo General del Notariado contra la sentencia del TSJ Madrid que acogió en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Notarial de Madrid contra dos acuerdos del Consejo relativos a las compensaciones institucionales para los notarios que desempeñen cargos o tareas corporativas, anulando el apartado del primer acuerdo por el que se fija la compensación y en su totalidad el segundo, que aclara y complementa ese apartado, referido al sistema de cuantificación o método de cálculo.

Confirmación de la sentencia que anula en parte un acuerdo del Consejo General del Notariado al respecto (el apartado por el que se fija la compensación) y en su totalidad otro, que aclara y complementa el referido apartado, por el que se establece el sistema de cuantificación o método de cálculo. No incurre en incongruencia omisiva ni en falta de motivación. Respuesta expresa y clara de la Sala Territorial a la cuestión sustantiva que le fue sometida a consideración. Inadecuado planteamiento a través de la vía del art. 88.1 d) LJCA 1998 de motivo en el que se reprocha a la sentencia haber incurrido en defecto de jurisdicción. Desviación y alteración del debate trabado a quo. No denunció el Consejo al oponerse a la demanda la falta de competencia jurisdiccional para conocer del recurso en la instancia.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Plazo de prescripción de la acción de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 649/2013, de 29 de octubre (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 174519/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 de la Ley Hipotecaria por considerarla caducada. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante, anula

la sentencia recurrida y, en su lugar, resolviendo sobre el fondo del asunto, desestima la demanda.

Acción de nulidad ejercitada en posterior proceso declarativo. Se trata de una acción de carácter personal que, al no tener previsto un plazo distinto de prescripción, podrá ejercitarse dentro del de quince años establecido en el art. 1964 CC.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de la excepción al requisito de estar al corriente en el pago de las deudas con la comunidad para impugnar los acuerdos comunitarios

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 613/2013, de 22 de octubre (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 174523/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de impugnación de acuerdos comunitarios por no estar los impugnantes al corriente en el pago de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa en parte la sentencia recurrida en lo relativo a la confirmación de la desestimación de la impugnación de uno de los acuerdos aprobados y ordena la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que resuelva el recurso de apelación respecto de la impugnación de dicho acuerdo.

Impugnación de acuerdos comunitarios. El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la excepción al requisito de estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas para impugnar los acuerdos de la junta de propietarios.

El subsuelo y el vuelo de un edificio en propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario privado son elementos comunes

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 644/2013, de 18 de octubre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 163202/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de declaración de ilegalidad de las obras realizadas por los demandados en el jardín y planta sótano de la vivienda de su propiedad. La AP Albacete revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, anula la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Complejo inmobiliario privado. Ampliación del garaje de la planta sótano de la vivienda con elevación del nivel anterior del jardín. Necesidad de autorización de la comunidad de propietarios. El subsuelo y el vuelo de un edificio en propiedad horizontal tumbada son elementos comunes. El propietario adquiere lo que se halla en su título de adquisición.

Obligación de la comunidad de propietarios de autorizar la instalación de una silla-grúa en la piscina comunitaria que permita el acceso a la misma de un discapacitado

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 619/2013, de 10 de octubre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 170021/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda, declaró la nulidad del acuerdo impugnado y la obligación de la comunidad de propietarios de hacer efectiva la accesibilidad de personas con discapacidad a los elementos comunes del edificio. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Nulidad del acuerdo que denegó la instalación de una silla-grúa en la piscina comunitaria, necesaria para que el hijo discapacitado de los demandantes pudiese bañarse. Obligación de autorizar la instalación interesada. Principios aplicables en materia de protección de personas discapacitadas. Obligación de la comunidad de propietarios de facilitar el acceso de los discapacitados a los elementos comunes. Adopción del acuerdo con abuso de derecho.

Condena a la promotora del edificio a retirar el cartel luminoso instalado en la terraza superior del inmueble

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 601/2013, de 4 de octubre (Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas) LA LEY 148663/2013

ITER PROCESAL: La presente resolución desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la AP Valencia, Sección 11ª, de 30 Dic. 2010 (Rec. 409/2010).

Nulidad de la modificación estatutaria llevada a cabo por la promotora vendedora autorizando a los titulares de los locales comerciales de la planta baja (ella misma) a instalar rótulos o anuncios luminosos en la terraza superior del edificio. Abuso de derecho. En los contratos privados de compraventa de vivienda los compradores autorizaban a la promotora a modificar la escritura de declaración de obra nueva si así lo aconsejan exigencias técnicas o jurídicas. Ninguna de las dos exenciones concurren en este caso de modo que la promotora abusó de la facultad de modificar el título constitutivo, al no cumplir las exigencias que ella misma había establecido. Condena a la promotora a la retirada a su costa de los carteles instalados en la terraza devolviendo ésta a su estado primitivo.

El vendedor que realiza obras en la finca vendida después de la perfección del contrato y antes de la entrega no puede reclamar su importe al comprador

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 598/2013, de 3 de octubre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 155788 /2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por el comprador reclamando el otorgamiento de escritura pública de compraventa de la finca adquirida y desestimó la reconvencción formulada por la vendedora reclamando el importe de las obras realizada en la finca entre el contrato privado y la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó en parte la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la reconvencción. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el comprador, anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

Compraventa de finca. Construcciones en la finca realizadas por la vendedora después de perfeccionada la venta (título) y antes de

la entrega (modo). Reclamación al comprador del importe de las obras. Desestimación. Mala fe de la vendedora. Hacer tales obras a sabiendas de que aún no había transmitido la propiedad de la finca, por mor de la teoría del título y el modo, debe ser calificado de mala fe. Por ello, conforme al art. 455 CC no puede reclamar su importe porque no son gastos necesarios para la conservación de la cosa.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Responsabilidad del registrador de la propiedad que canceló indebidamente una inscripción de dominio

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 609/2013, de 21 de octubre (Ponente: Sebastián Sastre Papiol) LA LEY 163207/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la acción de reclamación de responsabilidad de Registrador de la Propiedad. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los herederos del fallecido Registrador.

Responsabilidad civil por la cancelación indebida de una inscripción de dominio. Alcance de la función calificadora del Registrador. Prescripción de la acción de responsabilidad. Improcedencia. *Dies a quo* del plazo prescriptivo (art. 311 LH).

Quien ejercite la acción contradictoria del dominio ha de entablar previa o simultáneamente la acción de rectificación del Registro

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 686/2013, de 29 de octubre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 169062/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 36 de Barcelona y absolvió a todos los demandados de la reclamación de indemnización por doble inmatriculación de una finca.

Doble inmatriculación derivada de sucesivas segregaciones de la finca matriz y en la que parcialmente se da lugar a una superposición de las fincas resultantes. Construcción en suelo ajeno. Tercero hipotecario. Principio de legitimación registral. Problema de inexactitud registral en la sucesiva individualización y descripción de las fincas que se operó en el transcurso de las segregaciones de la finca matriz, dando lugar a una superposición parcial de ambas fincas en su respectiva descripción. La presunción de exactitud del Registro, impone a quien ejercite la acción contradictoria del dominio la carga de entablar previa o simultáneamente la acción de rectificación. Principio de seguridad jurídica.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad de sociedad de tasación de inmuebles para préstamos hipotecarios por los perjuicios sufridos por la entidad prestamista a causa de la sobretasación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 478/2013, de 18 de julio (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 138795/2013



ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de indemnización por los daños derivados de la sobretasación de inmuebles por la sociedad demandada. La AP Illes Balears revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo casa en parte la sentencia recurrida e incrementa dicha cuantía.

Responsabilidad de sociedad de tasación de inmuebles para préstamos hipotecarios por los perjuicios sufridos por la entidad prestamista a causa de la sobretasación. Indemnización de los perjuicios sufridos por la prestamista cuantificados en la diferencia entre lo que se le adeudaba por cada préstamo y el valor de adjudicación a la misma de los inmuebles o el precio de su venta a terceros después de la adjudicación. Inexistencia de prescripción de la acción dada la naturaleza contractual de la relación jurídica existente entre las litigantes al mediar entre ambas un convenio de colaboración. Concurrencia de culpa de la prestamista (50%) por el desacierto en la elección del director de la oficina desde la que se gestionaron los préstamos y la dejación de sus funciones de control sobre las solicitudes de préstamo procedentes de la misma.

RETRACTO DE COMUNEROS

Día inicial del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto de comuneros en caso de venta del bien común en subasta pública

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 509/2013, de 22 de julio (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 118671/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de retracto de comuneros ejercitada en relación con la mitad indivisa de un inmueble vendido en pública subasta. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

Retracto ejercitado sobre la mitad indivisa de inmueble vendido en pública subasta. Estimación de la demanda. Fijación del «dies a quo» para el inicio del plazo de caducidad de nueve días establecido en el art. 1524 CC. En caso de subasta judicial, el «dies a quo» será la fecha en la que el retrayente tiene conocimiento de la transmisión —aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante—; en otro caso, será la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad. En el caso, los actores no estaban obligados a seguir la evolución de los autos judiciales para comprobar a quién y en qué fecha tenía lugar la adjudicación. Les bastaba estar pendientes del Registro de la Propiedad para ejercer su derecho de retracto ante los tribunales una vez que se produjera la inscripción del dominio a favor de la entidad demandada (adjudicataria).

SEGURO DE CAUCIÓN

Condena a la aseguradora de una cooperativa de viviendas a devolver a los cooperativistas el dinero entregado a cuenta del precio

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 540/2013, de 13 de septiembre (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 141860/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad por seguro de caución de cooperativa de viviendas. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima íntegramente la demanda.

Póliza global suscrita por una cooperativa de viviendas en garantía del buen fin de los anticipos entregados por los cooperativistas. Condena a la aseguradora a devolverles dichas cantidades, más los intereses legales hasta el momento de la devolución, más los intereses moratorios del art. 20 LCS. Calificación del seguro como de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y en la disposición adicional 1ª de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, y no como un seguro de los conocidos en la práctica aseguradora como «de Tramo I», que únicamente garantiza que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinen a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales. Prevalencia de las condiciones particulares de la póliza donde constaba como riesgo asegurado «el buen fin de los anticipos de los cooperativistas», respecto a los certificados individuales del seguro elaborados por la aseguradora en los que se decía no garantizar «el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas». Recurso extraordinario por infracción procesal. Imparcialidad de los miembros del Tribunal de apelación. Error patente en la valoración de la prueba. La declaración de la sentencia recurrida acerca del total desconocimiento de la fecha de comienzo de las obras queda desmentida por un informe elaborado por la propia aseguradora, siendo relevante dicho error porque tal declaración fue uno de los argumentos principales de la propia sentencia para desestimar la demanda al considerar que el seguro litigioso quedaba al margen de la Ley 57/68 y pertenecía a los denominados seguros «de Tramo I».

SOCIEDAD ANÓNIMA

Derecho de separación de los accionistas que votaron en contra del acuerdo de transformación de la sociedad anónima en limitada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 587/2013, de 15 de octubre (Ponente: Sebastián Sastre Papiol) LA LEY 158883/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda pero rechazaron la pretensión de la actora de que se reconociese su derecho de separación de la sociedad transformada en limitada. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la actora y anula en parte la sentencia recurrida reconociendo el derecho de separación que asiste a la demandante.

Transformación en sociedad de responsabilidad limitada. Derecho de separación de los accionistas que votaron en contra del acuerdo de transformación. Aplicación de la L 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que autoriza el derecho de separación, vigente en el momento de celebración de la Junta en la que se adoptó el acuerdo, y no de la normativa societaria en vigor al tiempo de la convocatoria de la Junta, que no contemplaba ese derecho.

El deber de los administradores de instar la disolución de la sociedad, cuando concurra causa legal para ello, cesa tras la declaración de concurso

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 590/2013, de 15 de octubre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 164434/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de reclamación del crédito frente a la sociedad demandada y desestimó las dos acciones de responsabilidad de los administradores codemandados. La AP Cantabria revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de estimar la acción de responsabilidad de los administradores basada en el art. 262.5 LSA. El Tribunal Supremo estima los recursos de casación formulados por los administradores, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Acción de responsabilidad de los administradores por incumplimiento del deber de instar la disolución de la compañía concurriendo causa legal para ello. Desestimación. Tras la declaración de concurso cesa el deber legal de los administradores de instar la disolución, por lo que no promoverla no puede justificar la responsabilidad prevista en el art. 262.5 LSA. Legitimación pasiva de la herencia yacente de uno de los administradores fallecido en el curso del procedimiento. El crédito reclamado deriva del ejercicio de una acción de responsabilidad civil, que no se extingue con la muerte del obligado responsable, sino que es susceptible de sucesión, y con ello podría formar parte del caudal hereditario.

Inexistencia de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales posteriores a la remoción de la causa de disolución de la sociedad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 585/2013, de 14 de octubre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 155776/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de reclamación de las deudas sociales dirigida contra los administradores de la sociedad por haber incumplido el deber de promover la disolución de la entidad. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandante.

Responsabilidad de los administradores por no haber cumplido el deber de promover la disolución de la sociedad. Esta responsabilidad no alcanza a las obligaciones sociales posteriores al cese de los administradores. La remoción de la causa de disolución de la compañía, si bien no extingue la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el administrador durante el tiempo que incumplió el deber de promover la disolución respecto de los créditos existentes entonces, sí evita que a partir del momento en que cesa la causa de disolución puedan surgir nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento. Es decir, los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía hubiera superado la causa de disolución, carecen de legitimación para reclamar la condena solidaria del administrador basada en un incumplimiento anterior.

Alcance del derecho de información del accionista en la junta de aprobación de las cuentas anuales

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 531/2013, de 19 de septiembre (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 155849/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil estimó la acción de impugnación de los acuerdos de aprobación de cuentas sociales y de la gestión social, por vulneración del derecho de información del socio demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

Impugnación de los acuerdos de aprobación de cuentas sociales y de la gestión social por vulneración del derecho de información del demandante, accionista de la sociedad. Estimación de la demanda. La solicitud por el accionista de documentos que exceden de los previstos en el art. 212 LSA entra en el ámbito del derecho de información del art. 112 LSA. El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 LSA, puede solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración. Requisitos de legitimidad del ejercicio del derecho de información. Circunstancias que deben tomarse en consideración para verificar que el ejercicio del derecho de información no es abusivo. Innecesariedad de que conste en el acta de la junta la oposición expresa del socio para que pueda impugnar los acuerdos por infracción del derecho de información. Alcance de la exigencia de buena fe al socio que considera que la información facilitada es incompleta o deficiente. No pueden exigirse fórmulas sacramentales de denuncia o protesta para considerar que el socio ha actuado de buena fe. Tampoco es exigible que pida la subsanación durante la celebración de la junta cuando la naturaleza y volumen de la información denegada impide que pueda subsanarse en ese momento.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Doctrina jurisprudencial sobre la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia ex art. 1006 CC cuando el heredero fallece antes que el causante

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 539/2013, de 11 de septiembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 163605/2013

ITER PROCESAL: Seguido procedimiento judicial de división de herencia, las sentencias de instancia aprobaron las operaciones divisorias practicadas por el contador-partidor y desestimaron la oposición formulada por uno de los herederos de un heredero de la causante fallecido antes que ésta. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el impugnante y anula la sentencia recurrida ordenando modificar y completar el cuaderno particional en orden a individualizar la cuota que corresponde a cada uno de los herederos del heredero fallecido.

División judicial de herencia. Fallecimiento de uno de los herederos antes que el causante. Transmisión a sus propios herederos del derecho a aceptar o repudiar la herencia. El Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial respecto a cómo ha de interpretarse ese derecho de transmisión ex art. 1006 CC.



Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la voluntad del testador de mejorar a un legitimario por el cauce de la donación inter vivos con dispensa de colación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 536/2013, de 29 de julio (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 147688/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad de las donaciones efectuadas por el causante en favor de su hijo (demandado), pero consideraron que la legítima estricta del demandante (nieta del causante) se había visto perjudicada, por lo que se declararon inoficiosas, efectuando la reducción en la forma prevista en los arts. 820 y 821 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandante.

El litigio se inició mediante demanda de nulidad de las donaciones efectuadas por el causante, abuelo del demandante, en favor de su hijo (demandado) por perjudicar la legítima del demandante. Las sentencias de instancia desestimaron la acción de nulidad al no mediar causa para ello, quedando acreditada la voluntad de mejorar al hijo por parte del causante. Sin embargo, consideraron que la legítima estricta del demandante se había visto perjudicada, por lo que se declararon inoficiosas las donaciones, efectuando la reducción en la forma prevista en los arts. 820 y 821 CC. El demandante formuló recurso de casación insistiendo en la causa de nulidad y alegando que, a falta de disposición, el tercio de mejora ha de distribuirse en partes iguales entre los herederos, y que las donaciones no pueden considerarse mejora salvo expresa voluntad del testador (art. 825 CC), cosa que aquí no concurre.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al quedar descartada la causa de nulidad que denuncia el recurrente, por la palmaria carencia probatoria de los hechos al respecto. Tras ello fija la doctrina jurisprudencial aplicable en el contexto de la declaración de mejorar a un legitimario por el cauce de la donación inter vivos.

La Sala distingue dos cuestiones. La primera centrada en la interpretación de la voluntad del testador, en cuanto a la calificación como mejora de la donación efectuada, y la segunda referida a la valoración de la imputación a la legítima de la donación otorgada como no colacionable a la herencia del causante.

Respecto a la primera cuestión, señala el Tribunal que la calificación como mejora de la donación no puede quedar prejuzgada con base a una interpretación literal del art. 825 CC. Por el contrario, la calificación de mejora de la donación encierra un proceso interpretativo que debe venir presidido por la regla de la preponderancia de la voluntad del testador. Criterio que comporta que, en determinados casos, el fenómeno interpretativo alcanza no solo a la donación, sino a los hechos que configuraron la sucesión testamentaria del donante. En este caso, afirma el Tribunal, se da una clara unidad causal entre las donaciones y la declaración testamentaria, todas ellas realizadas en la misma fecha, de forma que el testador, ya mediante donaciones o legados, estos con expresa indicación de mejora, realizó una auténtica partición de todos sus bienes entre su hijo y su nieta. Y aunque el art. 825 CC es claramente contrario a la admisión de la mejora meramente presunta, señala el Tribunal que la voluntad expresa de mejorar al donatario resulta del hecho de que las donaciones se realizaran con dispensa de colación, quedando patente que se pretendía un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resultaba mejorado.

Respecto de la segunda cuestión planteada, entiende la Sala que, también en lo referente a la imputación de la donación con dispensa de colación, la interpretación literal del art. 825 CC y su posible correlato en el art. 828 CC (calificación e imputación de legados como mejoras), debe ceder ante la interpretación sistemática o de conjunto que ofrecen los arts. 636 y 1036 CC, todo ello bajo el prisma de la voluntad realmente querida por el testador, como principio rector de esta interpretación normativa (art. 675 CC).

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Por Redacción de LA LEY

Publicadas durante el año 2013

DIVORCIO

Procede conceder a favor de la esposa la compensación económica por razón de trabajo

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 19/2013, de 7 de marzo (Ponente: Enrique Anglada Fors) LA LEY 55500/2013

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña, estimando en parte el recurso de casación, concede a la esposa la compensación económica por razón de trabajo, procediendo a su cuantificación, pero confirma el importe de la pensión compensatoria establecida a cargo del marido.

La esposa tiene reconocida un grado de minusvalía que le imposibilita para trabajar, habiendo destinado todos sus ahorros e ingresos al levantamiento de las cargas familiares y al pago de las cuotas del préstamo hipotecario obtenido para la adquisición de la vivienda familiar titularidad exclusiva del marido. Se ha producido un enriquecimiento injusto a favor de éste, correlativo al empobrecimiento de la esposa por su aportación económica y del trabajo dentro y fuera del hogar. Aquél es el único bien adquirido constante el matrimonio y su único propietario es el marido. Al disolverse el régimen económico matrimonial se produce una desigualdad patrimonial de ambos cónyuges. Cuantificación de la indemnización. Pensión compensatoria. Correcto el importe de la pensión establecida a favor de la esposa con cargo al marido, teniendo en cuenta que se le ha atribuido a aquélla el uso del domicilio familiar.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Instalación de ascensor por parte de la comunidad de propietarios

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 34/2013, de 6 de mayo (Ponente: José Francisco Valls Gombau) LA LEY 96844/2013

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia que estima la demanda por la que se condenaba la comunidad de propietarios demandadas a la instalación de ascensor en la finca.

Ascensores. Instalación de ascensor por parte de la comunidad de propietarios. Desestimación. No se acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para la instalación de un ascensor como medio para la supresión de las barreras arquitectónicas que posibiliten a los legitimados un disfrute digno, eficaz y adecuado de su vivienda. La decisión sobre la forma concreta de supresión de las barreras arquitectónicas, que como obligación de hacer ha dispuesto la sentencia, habrá de adoptarse en una junta de propietarios convocada al respecto. Legitimación activa. Resulta justificado que dos de los propietarios de las viviendas se encuentran legitimados para instar la supresión de las barreras arquitectónicas o realizar las innovaciones exigibles para hacer el inmueble transitable. La demandante principal, al momento de interponer la demanda, contaba con una edad superior a los setenta años, y se encontraba a la espera de la colocación de una prótesis de rodilla.

El TSJ Cataluña establece como doctrina legal la validez de los acuerdos comunitarios que rechazan la apertura de huecos en la cubierta del edificio y la instalación en ella de estructuras unidas funcionalmente a una vivienda privativa

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 32/2013, de 25 de abril (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 88803/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación de acuerdo comunitario. El TSJ Cataluña desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandantes.

Impugnación del acuerdo comunitario por el que se conminaba a los propietarios de un piso a reponer a su estado primitivo el terrado



comunitario, cuyo uso exclusivo correspondía a dicho piso, quitando la estructura metálica y acristalada instalada en dicha cubierta y suprimiendo el hueco abierto en la cubierta que comunicaba el piso con la indicada estructura. Desestimación de la demanda. Inexistencia de abuso de derecho por parte de la comunidad de propietarios cuya actuación viene contemplada expresamente como lícita por el Código Civil de Cataluña, resultando plenamente serio y legítimo y en ningún modo excesivo o anormal, su interés en que no se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de uno de los comuneros, haciendo uso del derecho que le concede la normativa de la propiedad horizontal para impedirlo. El TSJ Cataluña establece como doctrina legal la validez de los acuerdos comunitarios y el carácter no abusivo de los mismos, cuando pretendan impedir la apertura de huecos en la cubierta del edificio y la instalación estable de estancias en elementos comunes de uso privativo unidas funcionalmente a una vivienda privativa.

Doctrina del TSJ Cataluña sobre la instalación de ascensor en el edificio ocupando parte de un patio de luces anexo a una de las viviendas del inmueble

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 23/2013, de 25 de marzo (Ponente: Carlos Ramos Rubio) LA LEY 55498/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de impugnación del acuerdo comunitario por el que se aprobó la instalación de ascensor en el edificio ocupando parte del patio de luces anexo a la vivienda de los demandantes. El TSJ Cataluña desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por estos.

Impugnación del acuerdo comunitario por el que se aprobó la instalación de ascensor en el edificio ocupando parte de un patio de luces de propiedad exclusiva de los actores como elemento accesorio o anexo de su vivienda. Desestimación de la demanda. El TSJ Cataluña declara como doctrina legal que la instalación del servicio de ascensor en una finca que careciese de él permite la constitución de una servidumbre con la oportuna indemnización de daños y perjuicios aunque implique la ocupación de parte del elemento privativo anexo o accesorio a una vivienda que viniera determinado como tal en el título de constitución, siempre que el gravamen no suponga una pérdida intolerable de funcionalidad o económica del mismo, ponderadas racionalmente las circunstancias del caso y los intereses en juego.

Aplicación en Cataluña del privilegio crediticio reconocido a las comunidades de propietarios en el art. 9.1 e) párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 13/2013, de 21 de febrero (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 36322/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la tercera de mejor derecho interpuesta por una comunidad de propietarios en el procedimiento hipotecario seguido por la entidad bancaria demandada contra un elemento privativo del inmueble, y reconocieron el derecho de la demandante a ser reintegrada, dentro del límite previsto en el art. 9.1 e) LPH, de su crédito por gastos comunes adeudados por el deudor hipotecario, con preferencia a la deuda hipotecaria ejecutada por la demandada. El TSJ Cataluña desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada.

El TSJ Cataluña declara como doctrina legal que resulta aplicable en Cataluña el privilegio crediticio reconocido a las comunidades de propietarios en el artículo 9.1 e), párrafo segundo, LPH en relación con el art. 1923 CC, con el límite establecido en dicha norma. El Tribunal considera que, pese a que ninguno de los apartados del art. 553 del Libro V del Código Civil de Cataluña —CCCat— menciona el carácter privilegiado del crédito de las comunidades de propietarios por gastos debidos por un copropietario, no se observa que exista una voluntad del legislador catalán de suprimir el privilegio, haciendo a las comunidades de propietarios de Cataluña de peor condición que las del resto del Estado para cobrar sus créditos.

En primer lugar por cuanto el régimen jurídico de la propiedad horizontal no había sido regulado anteriormente en Cataluña inspirándose la normativa en la LPH.

Y en segundo lugar, por cuanto el art. 553-5.1 CCCat (incluido en el Libro V dedicado a los derechos reales) regula únicamente la afección real de la finca cuando dispone que los elementos privativos están afectados con carácter real y responden del pago de las cantidades que deben los titulares, así como los anteriores titulares, por razón de gastos comunes, ordinarios o extraordinarios, que correspondan a la parte vencida del año en que se transmiten y del año natural inmediatamente anterior, sin que pueda confundirse tal afección (que implica que la finca responde de determinada deuda comunitaria cualquiera que sea su propietario) con el privilegio o preferencia entre diferentes créditos cuando ha de procederse a la ejecución de los bienes del deudor y su valor no cubre la totalidad de los débitos. La afección real tiene como finalidad impedir que la transmisión de la finca frustre las expectativas del cobro del crédito mientras que el privilegio obedece a razones de política legislativa en tanto que considera que determinados créditos merecen una especial protección del ordenamiento jurídico. Ambos aspectos son regulados en el art. 9.1 e) LPH en forma claramente diferenciada después de la reforma operada en dicha norma por Ley 8/1999 de 6 de abril (la preferencia en el párrafo 2.º y la afección real en el 3.º), lo que implica una modificación en la regulación de las preferencias entre créditos del art. 1923 CC en relación con determinados bienes inmuebles ya que antepone (con limitaciones) el crédito de la comunidad de propietarios al hipotecario.

Por tanto, concluye el Tribunal, es claro que, bien por razones competenciales, bien por razones de sistemática jurídica, en tanto que las obligaciones y su regulación corresponden al Libro VI del CCCat, el legislador catalán no quiso incluir en el capítulo de la propiedad horizontal el privilegio crediticio, manteniendo, en consecuencia, la regulación del CC en sede de obligaciones (art. 1923 modificado de hecho por el art. 9.1 e) LPH) y la normativa correspondiente de la Ley Concursal de 2003.

Doctrina del TSJ Cataluña: la instalación de antenas de radioaficionados en la cubierta del edificio no requiere aprobación comunitaria una vez obtenida la autorización administrativa

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 6/2013, de 17 de enero (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 34956/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a instalar una antena de radioaficionado en la terraza o azotea del edificio donde habita. El TSJ Cataluña desestima el recurso de casación interpuesto por otro vecino de la finca que intervino en el proceso al amparo del art. 13 LEC.

El TSJ Cataluña se pronuncia respecto a la necesidad o no de autorización de la comunidad de propietarios para la instalación de antenas de radioaficionados en la cubierta del edificio. Sobre este asunto las Audiencias Provinciales han venido sosteniendo dos tesis contradictorias.

Una primera considera que la Ley 19/1983, sobre regulación del derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados, establece el ejercicio de un derecho de naturaleza administrativa pero no permite su plena confirmación, cuando el radioaficionado no es el propietario único del inmueble, sin el cumplimiento de las normas civiles reguladoras de la propiedad, copropiedad y propiedad horizontal. Según la segunda tesis, la Ley 19/1983 es una manifestación de las limitaciones al derecho de propiedad, pues elimina el requisito de la autorización de la comunidad sustrayéndolo de su competencia, sin perjuicio de las facultades de la Comunidad para intervenir en la fase de la concesión administrativa.

El TSJ Cataluña opta por esta segunda tesis y declara como doctrina que: «La instalación de antenas y aparatos complementarios de radioaficionados en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, una vez obtenida la pertinente autorización administrativa, no se halla sometida a las prescripciones del art. 553-25 del Código Civil de Cataluña en relación con el artículo 553-41, por lo que no resulta necesaria la aprobación comunitaria».

Como argumentos de su decisión el Tribunal señala: a) que la Ley 19/1983 se ha dictado para conciliar el interés público que el legislador estima tiene la actividad de los radioaficionados en circunstancias excepcionales (catástrofes o calamidades colectivas que ocasionen la pérdida de las comunicaciones con los instrumentos de uso ordinario) con el interés particular del radioaficionado sin ánimo de lucro y el general de los propietarios únicos o copropietarios de los elementos en los que han de ser instalados estos aparatos; b) que lo que regula dicha Ley no son los aspectos administrativos o técnicos del otorgamiento de las licencias para estaciones de radioaficionado ni el uso del dominio o espacio público, objeto de diversa normativa reglamentaria, sino las posibilidades y el procedimiento a seguir para la instalación de las antenas en los edificios privados. Otra interpretación privaría de contenido y razón de ser citada la regulación legal; c) que la particular y específica legislación administrativa contenida en la Ley 19/1983 tiene una indudable trascendencia civil y ha de primar sobre la normativa general de la propiedad horizontal contenida, en este caso, en el art. 553 del Código Civil de Cataluña, constituyendo una limitación legal de las facultades ordinarias del dominio; y d) que el beneficio público que el legislador reconoce a la actividad realizada por los radioaficionados, subordina al interés social el particular de la comunidad de propietarios, sin perjuicio de sus posibilidades de defensa en el propio expediente administrativo.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Aplicación en Cataluña del art. 1320 CC (que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda habitual) entre los años 1981 y 1993

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 53/2013, de 26 de septiembre (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 153937/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por

la esposa del causante, adjudicándose como único bien relicto de la herencia la finca cuya nuda propiedad el causante había donado a su hija (demandante) en 1988, ordenando la cancelación de los asientos registrales derivados de dicha escritura. Por otro lado, desestimaron la reconvencción formulada por la esposa en la que solicitaba la nulidad de la donación de la finca respecto al piso que fue vivienda conyugal. El TSJ Cataluña estima en parte el recurso de casación interpuesto por la esposa, casa la sentencia recurrida y declara la nulidad de la donación respecto a la vivienda familiar, reconociendo la propiedad de la esposa sobre la misma en virtud de la aceptación de herencia de su difunto esposo.

Nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por la esposa del causante, adjudicándose como único bien relicto de la herencia la finca cuya nuda propiedad el causante había donado a su hija en 1988, reservando a la esposa el usufructo vitalicio de la misma, usufructo que no fue aceptado por la misma. Nulidad de la donación en lo que se refiere al piso que fue vivienda conyugal del matrimonio. Aplicación en Cataluña del art. 1320 CC (que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual) durante el periodo que medió entre la reforma del CC del año 1981 que introdujo dicha norma y la operada en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña en el año 1993 que incorporó una norma similar. Inexistencia de incompatibilidad entre el art. 1320 CC y el art. 7 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña que establecía que «en defecto de pacto el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios». Tampoco puede considerarse que el art. 1320 CC atente contra los principios tradicionales del derecho civil catalán, entre ellos, el de protección a la familia.

Desestimación de la acción de pérdida y devolución de la retribución de los albaceas

Sentencia TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 21/2013, de 14 de marzo (Ponente: María Eugenia Alegret Burgués) LA LEY 55497/2013

ITER PROCESAL: El TSJ de Cataluña desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la demandante y confirma la sentencia dictada por la AP Barcelona que declaró la inexistencia de responsabilidad de los albaceas y la desestimación de la acción de devolución de su retribución.

No incurrieron en responsabilidad alguna justificativa de la pérdida de derechos retributivos. Pese a no haber entregado a la heredera demandante el usufructo que le correspondía, no concurre una conducta dolosa o gravemente negligente. No incumplieron el encargo del causante, consistente en mantener indiviso durante 10 años el patrimonio hereditario, compuesto fundamentalmente por empresas. Dada la duración y complejidad del cometido, cumplieron éste en lo esencial mantenimiento indivisa la herencia, conservándola y mejorando su valor patrimonial. La única irregularidad cometida, el impago del usufructo, fue corregida en anterior procedimiento. No está justificada la responsabilidad exigida por no existir un perjuicio que pueda resarcirse. Recurso extraordinario por infracción procesal. Suficiente la motivación de la sentencia recurrida para comprender las razones fácticas y jurídicas del fallo. No es una tercera instancia en la que replantear cuestiones resueltas por la sentencia de apelación. La valoración probatoria corresponde a los órganos de instancia y se mantiene en casación si no es ilógica o arbitraria.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en octubre, noviembre y diciembre de 2013

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 11 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10698)

Resolución de 7 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11659)

Resolución de 3 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13565)

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (cuatro años, *ex art.* 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancela posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes. Es doctrina también aplicable a los apremios administrativos.

En aplicación de esta doctrina, la Resolución de 7 de octubre deniega una adjudicación derivada de procedimiento administrativo de apremio porque la anotación y su prórroga estaban ya canceladas por caducidad al presentar el título y porque, además, el titular registral es persona distinta de aquella contra la que se siguió el expediente (se encuentra inscrita a nombre de la esposa del deudor por liquidación de gananciales).

Resolución de 18 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12229)

Se solicita la cancelación de una anotación preventiva de embargo por entender que se practicó en contravención de una previa

resolución de la Dirección que el recurrente considera firme por no haber sido recurrida, la cual había anulado una nota de calificación de otro registro. La Dirección lo deniega: los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales; el art. 108 RH permite volver a presentar los títulos antes presentados, que serán objeto de nueva calificación.

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12964)

Admite la práctica de la anotación preventiva de una demanda por la que la sociedad que vendió pide la nulidad de la venta que hizo a la sociedad titular, estando ambas sociedades hoy declaradas en concurso ante juzgados diferentes, de manera que la anotación no ha sido ordenada por el Juez que conoce del concurso del titular registral, sino por el que conoce del concurso de la vendedora.

Dado que la demanda persigue la readquisición del dominio, tiene carácter real y es susceptible de anotación preventiva. La competencia en materia de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado es exclusiva del Juez del concurso (art. 8 LC). En este caso, en que ambas sociedades están concursadas, debe prevalecer la competencia del Juez concursal del vendedor, que es quien en primer lugar ha conocido de una acción de tal carácter, máxime cuando ha comunicado la medida cautelar al otro Juez mercantil. Por último, del escrito inicial del demandante resulta que la demanda se ha dirigido contra el titular registral, por lo que deben entenderse cumplidas las exigencias del principio de tracto sucesivo (art. 20 LH).

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10351)

Se pretende la cancelación de dos anotaciones preventivas de embargo a favor de un banco tras la venta de un bien de la masa activa del concurso. No se trata de acreedores que puedan seguir ejecución singular o aislada (art. 55 LC), y tampoco se trata de créditos que gocen de privilegio especial (art. 90 LC). Por ello, se desestima la calificación en cuanto al defecto consistente en falta de constancia del carácter no privilegiado del crédito.

Sin embargo, se rechaza la cancelación pretendida porque no consta del mandamiento cancelatorio que el titular de las anotaciones haya sido notificado a tal efecto sin haber formulado oposición (arts. 55-3 y 155-3 LC, y 20 LH).

Resolución de 20 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11065)

Declarado ya el deudor en concurso de acreedores, se dicta mandamiento judicial de embargo que se presenta al Registro antes que el auto de declaración de concurso.

La Dirección suspende la anotación de embargo y entiende competente al Juez concursal para conocer de todas las incidencias de la ejecución. La declaración de concurso no es una carga que haya de ordenarse según la prioridad registral, sino la publicación de una situación subjetiva, de modo que el Registrador deberá calificar teniendo en cuenta las fechas del auto de declaración de concurso y la del acto cuya inscripción se solicita, sin que se produzca el conflicto de prioridad que resuelve el art. 17 LH. Además, el régimen de intervención o suspensión de facultades del concursado no nace con la inscripción del auto, sino que es eficaz desde la fecha del mismo (art. 21-2 LC).

Resolución de 10 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11853)

Declarado el concurso del deudor respecto de bienes suyos afectos a su actividad profesional o empresarial, no podrán ejercitarse acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado (aunque deriven de condiciones explícitas inscritas) hasta que se apruebe un convenio que no afecte a este derecho o pase un año desde la declaración de concurso sin abrirse la liquidación (art. 56 LC). El ejercicio de tales acciones resolutorias tras la declaración de concurso corresponde al Juez concursal (art. 57 LC), a quien corresponde también determinar si existe o no la citada afectación según la jurisprudencia.

En consecuencia, la Dirección deniega la reinscripción del dominio a favor del vendedor (pretendida por falta de pago del precio aplazado garantizado con condición resolutoria ex art. 1504 CC) porque: a) el deudor fue declarado en concurso en 2009; b) la sentencia resolutoria de la venta es de julio de 2010; c) la declaración de concurso se inscribió en diciembre de 2010, y d) la sentencia resolutoria de la venta se presentó en 2013.

Resolución de 30 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12288)

Admite la expedición de una certificación de dominio y cargas ordenada en procedimiento de ejecución hipotecaria. Ciertamente, el hipotecante se halla declarado en concurso, pero no se plantea problema de competencia alguno porque la ejecución se sigue ante el mismo Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso.

Resolución de 18 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13296)

Deniega la cancelación de una hipoteca anterior a la declaración de concurso, ordenada mediante mandamiento firme del Juez mercantil a consecuencia de la venta acordada dentro del proceso de liquidación de la sociedad concursada.

Ciertamente, el art. 155.4 LC dispone en su párrafo primero que, aprobado el plan de liquidación, la enajenación de bienes hipotecados debe hacerse, en general, mediante subasta, salvo que el Juez admita la venta directa u otros procedimientos, pero siempre que quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto de crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Pero, en el supuesto resuelto, no consta del título calificado el cumplimiento de los otros requisitos añadidos por el párrafo segundo de dicho artículo para el caso de que la enajenación se haga fuera del convenio: el precio satisfecho por el oferente debe ser al contado y superior al mínimo pactado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial acepten expresamente un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada.

CONDICIÓN

Resolución de 5 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10353)

Deniega la cancelación de una condición resolutoria por transcurso de su plazo de ejercicio sin consentimiento del titular registral. En su día, el Ayuntamiento de Sevilla cedió un solar al Instituto Nacional de la Vivienda para la construcción de unas viviendas protegidas, estableciendo la reversión al patrimonio municipal en caso de incumplimiento del fin a que se destinó la cesión.

No resulta aplicable ninguno de los procedimientos del art. 82 LH: ni el del párrafo quinto, que se refiere solo a la cancelación de hipotecas y a condiciones en garantía de precio aplazado, ni los del apartado segundo, referidos a los casos en que el derecho inscrito quede extinguido por disposición de la ley o resulte así del propio título que causó la inscripción. Como regla general, la prescripción no puede ser apreciada sino por vía judicial, ya que no opera *ipso iure* (como la caducidad), sino que pueden concurrir supuestos de interrupción que escapan a la calificación registral.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 1 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11272)

Admite la inscripción de una adjudicación de finca por mitades indivisas a dos legatarios, realizada en una escritura actual de rectificación de una anterior escritura de herencia donde (en cumplimiento del testamento) cada uno se había adjudicado una porción de una finca que después resultó indivisible al denegarse la licencia de segregación.

En el supuesto resuelto, no hay asignación de uso individual de partes de finca, ni indicio alguno del que se pueda extraer la sospecha de una posible parcelación.



Resolución de 2 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11274)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación en la que se concreta la porción de finca (resto de finca matriz) donde se ejerció un derecho de superficie que había sido constituido en una escritura de constitución de superficie y declaración de obra nueva, que no fue inscrita por adolecer de defectos que se pretenden subsanar en la misma escritura calificada.

En la escritura calificada no solo se pretende inscribir una segregación de finca, sino que en la descripción del resto se hace constar la construcción de una casa en ejercicio de un derecho de superficie. Sin perjuicio de la posibilidad de inscripción parcial limitada exclusivamente a la segregación, para la inscripción total del título será preciso que el derecho de superficie acceda al Registro no como mera mención, sino debidamente constituido, y que la declaración de obra acceda no como mera rectificación, sino cumpliendo los requisitos sustantivos y urbanísticos exigibles.

Resolución de 5 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12958)

Resolución de 14 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13127)

Deniega la inscripción de la venta de participaciones indivisas de finca por entender que debe aportarse licencia de segregación o declaración de innecesariedad. Esta Resolución pertenece al grupo de supuestos de transmisión de participación indivisa de finca rústica en Andalucía, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, se discute si hay elementos de juicio reveladores de una posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o de declaración de innecesariedad. El art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

En el caso resuelto se rechaza la inscripción porque, existiendo dudas sobre la creación de un núcleo de población, el Registrador notificó al Ayuntamiento (art. 79 RD 1093/1997), quien ha incoado expediente para la restauración de la legalidad urbanística, solicitando la anotación preventiva de prohibición de disponer expresamente referida al título calificado.

Resolución de 12 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13124)

En su día se denegó la inscripción de una herencia por no estimarse acreditado un exceso de cabida declarado en ella. Ahora se presenta de nuevo junto con una escritura de rectificación que vuelve a describir la finca con la cabida inscrita y otra escritura de segregación que incorpora licencia donde se describen pormenorizadamente las fincas segregadas y el resto, pero con la cabida del exceso denegado. En el caso resuelto, todas las parcelas resultantes cumplen con la parcela mínima y, en general, se cumple con todos los demás requisitos legales de la segregación.

La segregación es una modificación de finca rigurosamente registral, cuya inscripción habrá de acomodarse a la preceptiva licencia, sin posibilidad de modificar los términos de su obtención. Debe

adaptarse la descripción autorizada para lograr la plena coincidencia entre la escritura, la inscripción y la licencia.

Resolución de 19 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13299)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación de ciertas parcelas a la que se incorpora una licencia de parcelación global de toda la urbanización que no contiene referencia al número y a la superficie de las parcelas afectadas. Además, a solicitud del recurrente, el Ayuntamiento emite un certificado en que manifiesta la falta de correspondencia entre las fincas cuya segregación se solicita y el plano que sirvió para la concesión de la licencia global, lo que determina que, respecto de las parcelas que se pretenden segregar, no está regularizada la licencia.

Resolución de 2 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13561)

Admite la inscripción de una escritura por la que se segrega una porción de local y se vende al propietario del edificio colindante, quien la agrega a este. No hay nada en el supuesto que excluya la autonomía de la porción segregada respecto de la finca matriz, ni la independencia de cada casa, sin que, por tanto, sea exigible agrupar ambos edificios y dividirlos en propiedad horizontal (como exigía la calificación).

DOCUMENTOS JUDICIALES

Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10341)

Deniega la inscripción de una sentencia resolutoria de una compraventa por falta de firmeza: se ha interpuesto recurso de apelación y no se ha acreditado la resolución del mismo.

Resolución de 9 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10695)

Confirma la calificación según la cual, presentado un testimonio de un decreto judicial de adjudicación que no es completo (faltan hojas), el título no es auténtico y no puede valorarse el contenido. Además, debe considerarse desistido el recurrente, al haber transcurrido el plazo de diez días para subsanar la solicitud de inicio del procedimiento (art. 71 de la Ley 30 /1992, de procedimiento administrativo común, subsidiario del art. 327-c LH).

ENTIDADES LOCALES

Resolución de 23 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11067)

La regla general para enajenar bienes de entidades locales es la subasta pública (art. 80 del Texto Refundido de Régimen Local y art. 112 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales), teniendo la permuta carácter excepcional, por lo que se somete a interpretación jurisprudencial restrictiva. La circunstancia de quedar desierta no es una de las excepciones legales, sino que, en tal caso, lo procedente sería una nueva subasta. Tampoco cabe aplicar el régimen de enajenación directa previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 noviembre), pues la disposición final segunda de esta Ley no enumera los artículos que regulan dicha cuestión (arts. 136 a 145) como de aplicación supletoria a la Administración local. Tampoco es aplicable el art. 120 del Texto Refundido de Régimen Local, sobre supuestos excepcionales de adjudicación

directa en la contratación general (derogado, además, por la Ley 30/2007, de contratos del sector público).

No obstante la anterior doctrina general, la Dirección admite la inscripción de una venta sin subasta en aplicación del art. 21 de la Ley 7/1999, de bienes de las entidades locales de Andalucía, que permite la adjudicación directa «*cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble*». El art. 80 del Texto Refundido estatal no tiene carácter básico, ni se lo atribuye su disposición final séptima, ni se infiere de la legislación estatal, puesto que la citada Ley 33/2003 (aunque no sea aplicable a las entidades locales) permite la enajenación directa de bienes estatales. Entre los extremos que abarca la calificación registral de documentos administrativos (art. 99 RH), no se incluye el margen de apreciación discrecional que una norma legal pueda atribuir a una Administración Pública, cuyo ejercicio, en este caso, no cabe tachar de arbitrario aunque favorezca un interés particular, pues se trata de una actividad administrativa de carácter social.

ESTADO CIVIL

Resolución de 30 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13381)

Suspende la inscripción de la venta de una vivienda realizada por quien, constanding inscrito como casado en régimen legal catalán de separación de bienes, declara ahora que actualmente está divorciado y tiene vecindad aragonesa. Es preciso o bien acreditar el cambio de estado y vecindad civil alegados, o bien manifestar que la vivienda no es la habitual de la familia.

Es doctrina reiterada (resoluciones de 7 de marzo de 2011 y de 27 de febrero de 2013) distinguir entre: a) casos que requieren prueba de viudez o divorcio mediante certificado del Registro Civil, por afectar a una titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, y b) casos en que se trata solo de completar la identificación de la persona. La regla de que las circunstancias de estado civil y régimen económico matrimonial se harán constar por el Notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes (art. 159 RN) debe interpretarse a la luz de la STS (3.ª) de 20 de mayo de 2008, en el sentido de que se trata de meras manifestaciones y no de pruebas fehacientes.

En cuanto al cambio de vecindad alegado, no basta para probarlo la mera declaración unilateral del otorgante. Hay que tener en cuenta que la legislación catalana exige manifestación de no ser vivienda habitual no solo a los disponentes casados, sino también a los solteros, viudos o divorciados, y se impone igualmente a las personas en situación de pareja estable (art. 234-3 CCCat). La prueba de la vecindad civil es problemática porque su adquisición automática no tiene por qué constar forzosamente en el Registro. Pero ya la Resolución de 8 de marzo de 2012 estableció que la rectificación registral de una atribución de bienes en determinado concepto exige consentimiento de los interesados o resolución judicial. En el caso resuelto, a falta de estos medios, habrá que aportar una prueba fehaciente del hecho a rectificar: o bien certificación del Registro Civil, o bien acta de notoriedad que acredite la posesión de estado. Todo ello en relación con la doctrina jurisprudencial que proscribía las pretensiones contradictorias con los propios actos (formulada legalmente en el art. 111-8

CCCat). En el caso resuelto, el disponente pretende desvincularse de un estatuto personal que le impone restricciones en beneficio de su cónyuge o excónyuge mediante una simple manifestación contradictoria con la formulada en el momento de su adquisición.

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10344)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida basado en certificación catastral descriptiva y gráfica por entender fundadas las dudas del Registrador, al proceder la finca de una anterior segregación en la que la licencia fue concedida para segregar una superficie concreta, por lo que es razonable suponer que el exceso de cabida corresponde a una porción de terreno que no es la inicialmente inscrita, para cuya inscripción será necesaria su previa inmatriculación y posterior agrupación a la finca ya registrada.

Resolución de 30 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10347)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida de finca colindante con monte catalogado de utilidad pública de titularidad municipal por encontrar fundadas las dudas del Registrador en cuanto a la identidad de la finca, ya que en la certificación catastral aportada resulta un titular distinto (lo cual infringe la literalidad del art. 298.3 RH).

La Dirección rechaza el segundo defecto de la calificación (infracción del art. 22 de la Ley de Montes estatal) por haberse aportado solo el informe favorable del órgano forestal de la Comunidad Autónoma, pero no el del Ayuntamiento titular del monte. Ciertamente, el monte es demanial, porque así lo dispone para los montes inscritos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública el art. 12 de la Ley de Montes estatal (precepto que tiene la consideración de básico, según su disposición final segunda, y, por tanto, debe prevalecer sobre el art. 7 de la Ley Forestal de la Comunidad Valenciana, que admite la existencia de montes de utilidad pública de carácter patrimonial). Pero la citada disposición final segunda establece que el art. 22 se dicta en ejercicio de competencias estatales, aunque sin perjuicio de los derechos forales (art. 149.1.8.ª CE), y el art. 24 del Reglamento Forestal valenciano exige solo informe de la Administración autonómica forestal.

Resolución de 25 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13372)

Las dudas sobre la identidad de la finca o el exceso de cabida solo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o en certificación administrativa, pero no en los supuestos de expediente de dominio, donde este juicio y, en general, la valoración de la prueba corresponden exclusivamente al Juez.

En el marco del expediente de dominio, el Registrador solo emite juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación inicial. Si entiende que existen dudas, será preciso que el auto judicial las aclare. Si no las expresó, no puede plantearlas después, al presentarse el auto, salvo que en dicho momento el Registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca ya está inmatriculada o de que el exceso de cabida encubre la pretensión de extender el folio de la finca inscrita a una superficie colindante adicional, con independencia de que se hubiese expedido antes una certificación errónea.



No obstante, por otro lado, la Dirección deniega la inscripción del expediente de dominio calificado cuyo objeto no es solo la inscripción del exceso de cabida, sino también la reanudación de tracto, por falta de verdadera interrupción del mismo, ya que el promotor es causahabiente del titular registral (le había comprado en documento privado).

Resolución de 2 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13562)

Reitera doctrina consolidada: la registración de excesos de cabida solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato descriptivo inscrito, resultando indubitado que tal rectificación no altera la realidad física exterior que se acota, sino que la superficie que se pretende hacer constar ahora debe ser la que debió haberse hecho constar en su día por ser la contenida dentro de los linderos originales. Fuera de esta hipótesis, pretender la rectificación de cabida encubre el intento de aplicar el folio registral original a una superficie colindante adicional.

En el supuesto resuelto, la Dirección admite la inscripción de un considerable exceso (de 65 a 136 m²) avalado con certificación catastral descriptiva y gráfica, así como con certificación municipal acreditativa de la legalidad de la obra que se declara en la que también se hace constar la mayor cabida. Ciertamente, corresponde al Registrador el control sobre la identidad de la finca, no debiendo tener dudas sobre la misma. Pero este juicio no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de fundarse en criterios objetivos y razonados (como los que ejemplifica el art. 298 RH: no haberse inscrito antes otro exceso o no haberse expresado antes otra medición exacta al formar la finca por segregación, división o agrupación).

HIPOTECA CAMBIARIA

Resolución de 26 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13374)

Se refiere a una escritura por la que una sociedad cede a otra, en pago de deuda, la posición acreedora en un préstamo instrumentado en letras de cambio y garantizado con hipoteca a favor de sus tenedores presentes o futuros. La Dirección deniega la inscripción porque las partes se limitan a manifestar que las letras habían sido entregadas por la cedente a la cesionaria antes del otorgamiento de la escritura de cesión. Es preciso acreditar la transmisión de las letras (o la inutilización de las que hubiesen sido pagadas antes de la cesión).

La hipoteca cambiaria es una hipoteca de seguridad que garantiza la obligación derivada de una letra de cambio. El crédito garantizado es el cartular, no el causal, y por ello será acreedor hipotecario el tenedor legítimo de la cambial. El endoso de la letra comporta la transmisión del crédito hipotecario sin necesidad de notificación al deudor o constancia registral. A falta de regulación específica, la Dirección le aplica analógicamente las normas sobre hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador, en cuanto sean compatibles con su naturaleza, ya que estas normas (arts. 154 a 156 LH) están pensadas para la emisión de títulos en masa o en serie para la captación de fondos del público. La cancelación de la hipoteca cambiaria en procedimiento judicial seguido contra el primer acreedor exige la cancelación de los títulos (art. 211 RH), ya que tal cancelación podría producir indefensión a los posibles tenedores posteriores de los mismos. Lo mismo se exige para la cancelación extrajudicial de la hipoteca (art. 156 LH).

INTERESES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Resolución de 13 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10699)

Reitera la actual doctrina de la Dirección, tras la Ley 41/2007 (que da nueva redacción al art. 12-2 LH), que extiende la calificación registral a las cláusulas financieras sin trascendencia real, en consideración a los principios que rigen el mercado hipotecario: protección de consumidores y usuarios; extensión a notarios y registradores de la obligación que toda autoridad estatal tiene de facilitar el resultado previsto en las directivas comunitarias; la STS de 16 de diciembre de 2009, que reitera el papel activo del Registrador frente a una cláusula abusiva, y la posibilidad de que las cláusulas de vencimiento anticipado puedan legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria. Además, la reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo (SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013) reafirma el «principio de efectividad» de las directivas comunitarias.

Solo deberían tener trascendencia registral y hacerse constar en el asiento, si son conformes a la ley, las siguientes estipulaciones: circunstancias de las que depende el ejercicio de la acción hipotecaria (plazo, causas de vencimiento anticipado, etc.); cláusulas (financieras o no) que fijan el contenido de la reclamación hipotecaria; cuantía que puede alcanzar esta por cada concepto asegurado (junto con las fórmulas y procedimientos para su determinación), y pactos procesales referidos a requisitos procesales disponibles por las partes.

La nulidad que declara el art. 83 RDLeg. 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas deriva de la misma ley, por lo que el mandato de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios incluye a los registradores, sin subordinación a la previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de cláusulas incluidas en la «lista negra» de los arts. 85 y ss. del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados.

En el caso resuelto, se admite la inscripción de una cláusula suelo de interés sobre la base de la STS de 13 de mayo de 2013, que las considera lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificarlas como definidoras del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos, sin ser preciso que exista equilibrio económico o equidistancia entre el tipo inicial y los topes de suelo y techo, ni que el suelo vaya acompañado de techo (la coincidencia de ambos en la misma cláusula es un factor de distorsión de la información facilitada al consumidor, pues el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio). La calificación de la validez de la cláusula entra en el ámbito de la calificación registral, pero no cabe rechazarla si es transparente.

Resolución de 18 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13297)

Rechaza la inscripción de una cláusula de intereses de demora que prevé la capitalización de los devengados y no pagados y establece un tipo del 20,5 % a efectos obligacionales y del 14 % a efectos hipotecarios.

Por un lado, se reitera la doctrina sobre el papel activo del Registrador en el control de cláusulas abusivas en consideración a los nuevos principios que rigen el mercado hipotecario: protección de consumidores y usuarios; extensión a notarios y registradores de la obligación que toda autoridad estatal tiene de facilitar el resultado



Resoluciones

previsto en las directivas comunitarias, en referencia al «principio de efectividad» de las mismas, consagrado en la reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo (SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013); la STS de 16 de diciembre de 2009, que reitera el papel activo del Registrador frente a una cláusula abusiva, y la posibilidad de que las cláusulas de vencimiento anticipado puedan legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria. La nulidad que declara el art. 83 RDLeg. 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas deriva de la misma ley, por lo que el mandato de «*tenerlas por no puestas*» dirigido a todos los funcionarios incluye a los registradores, sin subordinación a la previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de cláusulas incluidas en la «lista negra» de los arts. 85 y ss. del citado Texto Refundido.

En cuanto al control del límite legal de los intereses de demora, el momento en que debe realizarse es ya en la fase de calificación (y no dilatarse a la ejecución), en aras de la necesidad de que el contenido del derecho real de hipoteca quede nítidamente delimitado en el Registro. No infringe los principios de especialidad y determinación, en cuanto al límite de los intereses de demora, el hecho de que el interés legal del dinero varíe durante la vida del préstamo, ya que la garantía de estos intereses es una hipoteca de seguridad en su modalidad de hipoteca de máximo. El tipo concreto pactado en el supuesto excede de tres veces el interés legal del dinero (que para 2013 era del 4 %), pero lo cierto es que este límite rige solo en caso de hipoteca sobre vivienda habitual y destinada a financiar su adquisición. En el caso resuelto, consta del título que la vivienda hipotecada es la habitual, pero del mismo y del Registro no hay datos que obliguen a pensar que el destino del préstamo es financiar su adquisición (los títulos de propiedad son anteriores).

Resolución de 26 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13375)

Suspende la inscripción de un préstamo hipotecario cuyo plazo es de seis meses y con un interés del 12 % anual porque la cobertura hipotecaria por intereses ordinarios pactada es de cinco anualidades al tipo del 12 %, que excede, por tanto, del límite del art. 114 LH, debiendo quedar reducida a los intereses correspondientes al plazo del préstamo. La hipoteca es accesoria de la obligación principal, y por eso la cobertura hipotecaria no puede ir más allá de la obligación garantizada.

Por otro lado, no es obstáculo que impida la inscripción el haber pactado un interés de demora superior a tres veces el legal del dinero, porque este límite rige solo en caso de hipoteca sobre vivienda habitual y destinada a financiar su adquisición. En el caso resuelto, consta del título que la vivienda hipotecada es la habitual, pero del mismo y del Registro no hay datos que obliguen a pensar que el destino del préstamo es financiar su adquisición (el título de propiedad es anterior).

EJECUCIÓN

Resolución de 11 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11855)

Resolución de 2 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11275)

Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10345)

Admite la expedición de certificación de dominio y cargas (y su constancia por nota marginal) en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, aunque la entidad ejecutante no es la titular registral de la hipoteca, sino causahabiente de la misma a título uni-

versal a consecuencia del proceso de reestructuración del sistema financiero español.

La nota marginal de expedición de esta certificación opera como una condición resolutoria que determinará la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada, por lo que su relevancia excede de una mera publicidad, alcanzando valor de notificación formal en función sustitutiva de las notificaciones individualizadas a los titulares de cargas posteriores. Esta notificación, ya sea individualizada o mediante la mencionada nota, es requisito esencial del procedimiento ejecutivo hipotecario, porque es la única forma de dar a conocer la apertura de la fase ejecutiva a quien consulta o accede después al Registro, en clara diferencia con la anotación preventiva de embargo en el procedimiento ejecutivo general, cuya mera existencia ya advierte a quien consulta o accede después al Registro de la inminente ejecución y la fragilidad de su derecho. Por otro lado, el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo del derecho real de hipoteca. Así, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos recogidos en el asiento.

En el ámbito de la ejecución hipotecaria, será necesario cumplir el tracto sucesivo en relación con la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica real en relación con la misma o con su ejecución (singulamente, el decreto de adjudicación). Ahora bien, la expedición de la certificación de dominio y cargas es solo un trámite procesal que todavía no implica cambio de titularidad, por lo que puede ser solicitada por el causahabiente del titular, si bien el Registrador debe advertir en ella al solicitante sobre la necesidad de inscribir a su nombre, previa o simultáneamente a la inscripción del decreto de adjudicación.

Resolución de 10 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11854)

Resolución de 17 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12225)

También se refieren a ejecuciones de hipoteca en las que la entidad ejecutante no es la titular de la hipoteca, sino su sucesora universal a consecuencia del proceso de reestructuración del sistema financiero español. Pero, a diferencia del anterior grupo, en estas resoluciones lo que se cuestiona no es la mera expedición de certificación de dominio, sino la inscripción de sendas adjudicaciones en ejecución de hipoteca, por ser la ejecutante-sucesora persona distinta de la titular del derecho de hipoteca. La Dirección deniega la inscripción pretendida: en el ámbito de la ejecución hipotecaria, será necesario cumplir el tracto sucesivo (aunque sea abreviado) en relación con la hipoteca inscrita cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica real en relación con la misma o con su ejecución (singulamente, el decreto de adjudicación).

Resolución de 30 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10348)

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación al acreedor en ejecución extrajudicial de hipoteca por varios defectos que fueron objeto de una inicial calificación negativa (no recurrida) y que se han intentado subsanar mediante acta otorgada después de adjudicada la finca, dando lugar a la nueva presentación y calificación negativa que ahora se confirma.



Siendo deudores dos cónyuges, el requerimiento de pago inicial se hizo en la Notaría mediante la comparecencia voluntaria solo de la esposa, quien se hizo cargo de ambas cédulas. En el acta posterior, se repitió el requerimiento en el domicilio señalado, pero de nuevo solo con la esposa, quien se comprometió a hacer llegar la cédula a su esposo, pero sin que del expediente resulte el cumplimiento de esta obligación ni, en general, que el esposo tenga conocimiento efectivo del mismo.

Por otro lado, respecto de alguno de los conceptos de responsabilidad, la cantidad inicialmente reclamada excedía de la garantizada. Para subsanarlo, en el acta posterior a la adjudicación consta una nueva certificación de saldo. No se puede aceptar la pretensión de que se tengan en cuenta (una vez finalizada el acta por adjudicación al acreedor por el 60 % del tipo de subasta) unas cantidades reclamadas distintas de las que sirvieron para iniciar el procedimiento, que, una vez objeto de requerimiento y notificación, fijan su contenido. Este argumento sirve también para no entrar a considerar el tercer motivo de recurso: la inclusión en la nueva acta de una reclamación por honorarios de Letrado dentro de la partida «Costas y gastos» (partida que, además, en la ejecución extrajudicial, solo puede incluir los conceptos del art. 236.k.3 RH: honorarios notariales y gastos derivados de los trámites seguidos, como publicación de edictos, gastos de correo u otros similares).

Resolución de 18 de septiembre de 2013 (BOE 245, 12-X-13: 10627)

Resolución de 19 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11061)

Resolución de 17 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12226)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación a 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 (art. 132-1 LH) y procesal (art. 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 (art. 659 LEC), cuyo efecto es solo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, aunque no sustituye trámites procesales más rigurosos.

Resolución de 18 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10702)

Con ocasión de la presentación de una escritura de adjudicación en procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, deniega la cancelación de una anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca que se ejecuta practicada después de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas.

El art. 236.l RH dice que la escritura de adjudicación será título bastante para la cancelación de la hipoteca ejecutada y las cargas posteriores a ella, exceptuando los asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

Resolución de 11 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11856)

Se pretende inscribir un decreto de adjudicación en procedimiento judicial de ejecución de hipoteca. Entre la fecha en que se

dicta y la fecha en que gana firmeza, entra en vigor (el día 15 de mayo de 2013) la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, cuya disposición transitoria cuarta la declara aplicable a los procesos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor, pero únicamente en cuanto a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

La Dirección entiende que el ejecutado es susceptible de ser considerado consumidor y, por tanto, de padecer cláusula abusiva. Exige para la inscripción justificación judicial de la puesta en posesión de la finca en manos del adjudicatario antes del 15 de mayo de 2013 o, en su caso, de la no formulación satisfactoria del incidente extraordinario basado en nuevas causas de oposición.

Resolución de 16 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12224)

Deniega la inscripción de un auto de adjudicación a consecuencia de una ejecución hipotecaria por falta de requerimiento de pago a los deudores no hipotecantes. Sí que fue requerido el hipotecante no deudor. El requerimiento de pago al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor es trámite calificable (art. 132.1 LH), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

Resolución de 16 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13130)

Deniega la inscripción de una venta extrajudicial por entender incorrectamente practicado el requerimiento de pago al deudor. Tras un primer intento frustrado practicado con un vecino que rehuyó recoger la cédula alegando que veía raramente al requerido, en un segundo intento, el Notario entendió efectivamente la diligencia con la persona que le abrió la puerta del domicilio, quien dijo ser amigo de los deudores.

Este requerimiento de pago al deudor, según el art. 236.c RH, debe ser realizado al propio requerido o a las personas previstas en dicho precepto. La Dirección es favorable a interpretar flexiblemente las normas que rigen este trámite esencial, a la luz de la doctrina constitucional que afirma la trascendencia de los actos de comunicación dentro de los procedimientos judiciales como medio para que el destinatario pueda ejercitar su derecho de defensa, si bien ponderando los intereses en juego para evitar que pueda paralizarse toda actuación (sobre todo cuando la imposibilidad sea imputable al propio destinatario) y considerando irrelevante el defecto de comunicación que no impida la tutela del procesado por haber tenido este conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que esta doctrina constitucional se refiere al ámbito jurisdiccional y no puede trasladarse automáticamente a la venta extrajudicial, que, en definitiva, supone el ejercicio de un derecho privado. No procede la aplicación supletoria o analógica del Reglamento Notarial, pues lo prohíbe su art. 206.

TASACIÓN

Resolución de 29 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12287)

Admite la inscripción de una novación de préstamo hipotecario, con aumento de capital y responsabilidad hipotecaria, pero sin modificación de la tasación a efectos de subasta, sin necesidad de aportar el certificado de tasación exigido por los arts. 682.2.1 LEC y 129 LH en su redacción actual, tras la Ley 1/2013.



Resoluciones

Respecto del mercado secundario de emisión de cédulas o bonos hipotecarios, ya existían normas que pretendían proteger a los inversores del riesgo de una sobretasación del bien hipotecado. La vigente Ley 1/2013 pretende proteger a todo deudor hipotecario del riesgo de infravaloración del bien al fijar el precio de subasta, ya que, si quedase desierta, el acreedor podría adjudicarse el bien por el 70 % o el 50 % del valor de tasación, según se tratase de vivienda habitual o no. La regla actual exige, para poder ejecutar la hipoteca y, por tanto, para poder inscribir el pacto de ejecución directa o extrajudicial, certificación acreditativa de que la finca ha sido tasada conforme a las normas reguladoras del mercado hipotecario y que el valor de subasta no sea inferior al 75 % de esa tasación.

Sin embargo, esta exigencia legal se refiere solo a la «escritura de constitución de hipoteca» y no a actos posteriores, como la novación o ampliación de la hipoteca preexistente, no solo ya por una interpretación literal, sino también por la diferente regulación y significación jurídica de la modificación y la constitución de la hipoteca en los arts. 144 y 145 LH. Ahora bien, sí que sería necesario el certificado de tasación cuando la modificación alterase el valor de tasación de la escritura de constitución, o cuando el pacto de ejecución no figurase en la misma. Ciertamente, la Dirección ha equiparado en ocasiones la ampliación con una segunda hipoteca, pero solo a efectos de rango, al existir acreedores o titulares intermedios.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13303)

A los efectos de la obligación impuesta por los arts. 682.2.1 LEC y 129.2.a LH (que el valor de subasta no sea inferior al 75 % del valor de tasación), considera que, tratándose de viviendas de protección oficial, no es necesario acompañar nueva tasación oficial, sino que basta con que las partes acuerden optar como valor de subasta por el precio máximo de venta fijado por la Administración.

El precio tasado de una vivienda de protección oficial cumple con los requisitos de la tasación efectuada conforme a la Ley 2/1981: procede de órgano administrativo competente, por lo que tiene también las notas de independencia y secreto; respeto a la normativa, veracidad y diligencia profesional, y respeto al derecho que tiene el cliente de aportar su propia tasación sin repercusión de coste por el acreedor. Todo ello sin perjuicio de que las partes puedan también acordar que optan por la tasación de una sociedad de tasación o tasador homologado.

ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10689)

Deniega la inscripción de una hipoteca constituida por una entidad local sobre un solar que le pertenece con carácter patrimonial, pero que está destinado a la construcción de un centro social público (según proyecto de obra aprobado), por tratarse de un bien materialmente afecto a un servicio o función pública, lo que determina su indisponibilidad. La finalidad de la financiación garantizada es precisamente construir el centro sobre el solar.

La doctrina del Tribunal Constitucional (a partir de la STC 166/1998, de 15 de julio) ha creado la categoría de los bienes patrimoniales afectos al uso público como intermedia entre los bienes demaniales y los patrimoniales, cuya consecuencia legislativa ha sido el art. 30.3 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Adminis-

traciones Públicas, que declara la inembargabilidad de sus bienes patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio o función pública, que es lo que ocurre con el solar a que se refiere el supuesto resuelto, por voluntad inequívoca de la Administración. Nada obsta a esta conclusión el hecho de tratarse de un solar, pues la normativa vigente admite la afectación previa a las actuaciones materiales que posibiliten el uso o servicio público, por ejemplo, mediante la aprobación de planes, proyectos o programas.

Resolución de 18 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10701)

Admite la inscripción de una hipoteca constituida por una cámara agraria sobre el local de su sede social. La calificación registral la denegaba por considerar que la entidad hipotecante es una corporación de Derecho Público, que goza del privilegio de inembargabilidad.

Los inmuebles sedes de organismos públicos son ejemplo habitual de la teoría de la «escala de demanialidad», que distingue entre bienes de dominio público pleno y afectado y, dentro de estos, con afectación formal o presunta. Ciertamente, el local del supuesto es demanial, dada su afectación presunta derivada de su destino como sede.

Lo que ocurre es que las corporaciones de Derecho Público no son Administración Pública en sentido estricto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Los entes territoriales tienen universalidad de fines, mientras que los no territoriales se limitan a gestionar un servicio concreto bajo la tutela de un ente territorial y se clasifican en: a) corporaciones, de base personal asociativa (cámaras oficiales, colegios profesionales, etc.), y b) instituciones, que no tienen propiamente miembros. Para la doctrina administrativa clásica, solo los entes territoriales pueden ser titulares de bienes de dominio público, aunque hay un sector doctrinal que admite que lo sean las instituciones (así, por ejemplo, la Ley de Reforma Universitaria permite serlo a las universidades). Pero donde sí hay consenso es en negar la posibilidad de titularidad demanial a las corporaciones.

OTRAS MATERIAS

Resolución de 10 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10696)

Una vez cancelados por orden judicial, a consecuencia del ejercicio de una acción directa sobre bienes hipotecados, los asientos posteriores a la hipoteca, no procede entrar a analizar en el concreto ámbito del recurso gubernativo si el recurrente ha tenido o no intervención en el procedimiento. Los asientos practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 31 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12289)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca otorgada por una entidad de crédito de nacionalidad y domicilio holandeses a favor de un matrimonio holandés residente en España, donde también está la finca que hipotecan. Las partes convienen que la ley aplicable al contrato será la holandesa y que, en lo no previsto por la escritura, se aplicarán las estipulaciones generales aplicables a las hipotecas concedidas por ese banco, que las partes declaran conocer y aceptar, siempre que no sean contrarias a una norma imperativa española.



Como primer defecto, no se acredita el cumplimiento de los requisitos de forma y capacidad respecto del poder concedido al representante de la entidad prestamista. El contrato se rige por la ley holandesa por sumisión expresa de las partes, lo cual es conforme con el art. 4.3 del Reglamento Comunitario Roma I. Sin embargo, este Reglamento se refiere solo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero no a la representación, ni a la eficacia jurídico-real y los requisitos de inscripción. Esta segunda cuestión, en cuanto a documentos extranjeros, se regula por la ley española (*lex rei sitae*), en concreto, los arts. 4 LH y 36 RH, en cuya interpretación nuestra jurisprudencia sigue la doctrina de la equivalencia de las formas: el documento extranjero será inscribible cuando reúna los requisitos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, que son, además de la autorización por funcionario competente, la identificación suficiente y el juicio de capacidad del otorgante. El documento aportado en el caso resuelto no contiene estas dos cosas, por lo que parece ser una simple autorización con firma legitimada.

Además, el tipo de interés variable (aplicable después del interés fijo inicial) se señala por mera remisión a las estipulaciones generales de esa entidad de crédito, lo que supone falta de objetividad, en contravención del art. 1256 CC, que prohíbe dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. La falta de determinación de un tipo de interés máximo (ordinario y de demora) impide saber si se cumple o no el límite máximo del art. 114 LH.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10350)

Admite la inmatriculación de una escritura de herencia de 2013 a la que se acompaña como título previo una escritura de herencia de 2005. La Dirección desestima la pretensión del Registrador de que se aporte también el antetítulo del título previo (documento de 1974).

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10690)

Deniega la inmatriculación de una finca mediante expediente de dominio porque en el expediente constan «dos posibles» descripciones (lo cual ya vulnera de por sí el principio de especialidad), ninguna de las cuales coincide íntegramente con la de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 22 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13305)

No considera aplicables las normas sobre acreditación de medios de pago a una escritura de reconocimiento de una deuda, la cual se documenta en un pagaré incorporado, se deriva de unos trabajos efectuados por el acreedor y en cuyo pago el deudor le transmite una finca suya.

El reconocimiento de deuda es un negocio de fijación o reproducción de otro anterior, cuyo efecto no es la novación extintiva ni la alteración de la naturaleza de la obligación reconocida. En el supuesto resuelto, tiene causa lícita: el finiquito de los trabajos efectuados. El pagaré funciona como prueba documental de la existencia de la deuda y no puede presuponerse su confección con ánimo defraudato-

torio, pues su emisión y vencimiento son anteriores a la fecha de la escritura. El título calificado se refiere a la transmisión de derechos sobre un inmueble y es oneroso, pero no cumple con el otro presupuesto de aplicación del art. 177 RN: la contraprestación no consiste en absoluto en dinero o signo que lo represente. Es supuesto distinto del de la Resolución de 11 de marzo de 2013 (*infra*), donde la obligación preexistente era un préstamo, contrato que sí exige la entrega de dinero.

MENCIONES

Resolución de 28 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12284)

En la inscripción de una finca rústica, consta que tiene derecho a una «era de pan trillar». Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura por la cual la propietaria vende el reseñado derecho, que es vinculado por el comprador a otra finca de su propiedad.

No se cumplen las exigencias del principio de especialidad en cuanto al derecho transmitido, pues no aparece delimitada su extensión y contenido. El derecho podría encubrir una servidumbre predial, una vinculación *ob rem* entre el derecho a la era y la finca en que consta inscrito (lo que obligaría a que los actos dispositivos deberían recaer sobre ambas fincas y no solo sobre una de ellas), un derecho de aprovechamiento atípico (admisible según los arts. 2 LH y 7 RH, pero siempre que se respetasen las características estructurales típicas de los derechos reales: generalidad, inmediatidad, absolutividad). La Dirección se inclina por considerar que la simple indicación del derecho a la era constituye más bien una simple mención en sentido técnico hipotecario (referida a derechos susceptibles de inscripción separada y especial, a la que no se extiende la fe pública, según el art. 29 LH), que no se refiere solo a cargas o gravámenes, sino también al dominio. Si el derecho a la era fuese un derecho real pleno y no limitado, resultaría imprescindible la identificación de la finca que constituye su objeto.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

Resolución de 11 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13120)

Suspende la inscripción de una escritura de hipoteca de máximo por falta de expresión del NIF-NIE de la entidad de crédito acreedora, cuya nacionalidad y domicilio son luxemburgueses y que carece de establecimiento permanente en España. La obligación impuesta en el art. 254.2 LH no contempla excepciones al respecto. El bancario es uno de los sectores en los que más incide la regulación sobre control del fraude.

OBRA NUEVA

Resolución de 15 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11858)

Se refiere a una escritura en la que se agrupan una vivienda y dos trasteros de un edificio en propiedad horizontal y se divide la finca resultante en dos viviendas. La Dirección exige licencia de primera ocupación. En principio, los requisitos del art. 20.1 LS se prevén para la inscripción de obras nuevas terminadas. Si las operaciones de agrupación y segregación no modificasen la descripción del edificio, no se exigirían tales requisitos. Pero si (como ocurre en el caso) se aumenta el número de elementos susceptibles de aprovechamiento



Resoluciones

independiente, es precisa una declaración de obra o la modificación de la previamente inscrita, con todos los requisitos del art. 20.1 LS.

Como segundo defecto, se produce una alteración en los linderos: una de las fincas agrupadas lindaba con un cuarto de comunidad que ya no se menciona como lindero de ninguno de los nuevos elementos. Aunque no hay alteración en la superficie, hay un peligro de invasión de dicho elemento común, no amparado por la norma estatutaria que permite agrupar y segregar sin necesidad de consentimiento de la Junta.

Resolución de 5 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12957)

Admite la inscripción de una escritura de obra antigua en la que se acredita por certificado técnico la terminación de la obra y el transcurso del plazo general de prescripción de infracciones señalado por la legislación valenciana (cuatro años), pese a que se trata de suelo no urbanizable.

De las normas resulta la prescripción de la infracción, una vez transcurridos los plazos establecidos, en todo caso y sin distinguir entre las diversas clases de suelo. La imprescriptibilidad establecida por el art. 224.4 LUV se refiere no a la infracción, sino a las medidas de restauración de la legalidad en caso de actuaciones sobre zonas verdes, espacios dotacionales públicos, dominio público o suelo no urbanizable protegido.

Resolución de 13 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13126)

Admite la inscripción del cambio de uso de un elemento de propiedad horizontal (de local a vivienda) acordado solo por los titulares del elemento afectado y sobre la base de un certificado técnico que acredita su uso como vivienda desde que se construyó el edificio hace cuarenta años.

Dada la vocación expansiva del dominio, solo cuando los estatutos inscritos prevean una limitación de usos permitidos, la modificación de dicho uso requerirá acuerdo de la Junta de Propietarios. Por otro lado, si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de licencia en los casos del art. 20.4 LS, del mismo modo podrá declararse su modificación, por ejemplo, por cambio de uso —sin perjuicio de que el Registrador notifique al Ayuntamiento en los términos de la letra c) de dicho artículo.

OPCIÓN

Resolución de 5 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10352)

La trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de estas (art. 175.6 RH). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción en favor de los titulares de cargas no preferentes.

En general, cabe deducir de la cantidad a consignar el importe de la prima de opción, si consta en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción sería deducible al ejercitar esta. También es deducible el importe de las cargas anteriores a la propia opción cuando sean satisfechas o asumidas por el optante.

Pero en el caso resuelto se deniega, por falta de consignación del sobrante, la cancelación de un embargo posterior a la opción que se ejercita, dadas las peculiares circunstancias del caso: el precio de la opción consiste, además del descuento de la prima, en la subrogación de una hipoteca anterior, la cual fue constituida en garantía de unas cambiales no vencidas (y cuyo impago no consta) y por principal inferior al importe en que se subroga el adquirente. La adquisición por quien ejercita la opción (que es causahabiente de su titular) y el ejercicio de la opción son posteriores al embargo.

Resolución de 6 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12960)

La trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de estas (art. 175.6 RH). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción en favor de los titulares de cargas no preferentes. En concreto, la Dirección admite deducir de la cantidad a consignar el importe de la prima de opción, si consta en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción sería deducible al ejercitar esta. También es deducible el importe de las cargas anteriores a la propia opción cuando sean satisfechas o asumidas por el optante.

El supuesto resuelto ya causó una primera calificación negativa que fue confirmada por la Resolución de 16 de noviembre de 2012: al inscribirse el ejercicio de la opción, rechaza la cancelación de las cargas posteriores a una opción de compra por falta de consignación del precio. En este caso, la segunda de las cargas preferentes a la opción es una hipoteca constituida a favor del mismo titular de la opción, quien después cedió esta al actual optante, una vez anotados ya los embargos posteriores a la misma. El optante alega que el precio coincide con la suma de la prima de opción y del total de los préstamos hipotecarios preferentes, retenido por el optante, según el art. 118 LH. Pero, en realidad, la cantidad deducida por esa segunda hipoteca preferente (según certificado de su titular y cedente de la opción) es superior a la suma del importe de la hipoteca y accesorios. Sí que son admisibles otras deducciones: a) de la prima de opción, porque así se pactó en la escritura y se inscribió, y b) del importe debido por otra hipoteca preferente, pues resulta de certificación expedida por el propio banco acreedor.

Tras esta calificación negativa inicial, se modifica la certificación de saldo de la segunda hipoteca preferente, dando lugar a nueva calificación negativa confirmada por la Resolución actual, que vuelve a denegar la cancelación de cargas posteriores a la opción porque las cantidades descontadas por la segunda hipoteca, al no ser indubitadas (dadas las circunstancias relatadas), no pueden considerarse acreditadas.

PACTO COMISORIO

Resolución de 5 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10355)

Rechaza la inmatriculación de una escritura de dación en pago otorgada en 2009, cuyo título previo es una escritura de compraventa de 2005, donde la cabida es sensiblemente menor que en la



dación, lo que permite albergar dudas razonables sobre la identidad de la finca.

Sin embargo, por otro lado, la Dirección no aprecia la existencia de un pacto comisorio prohibido en el hecho de que la escritura de dación en pago contenga un pacto de venta a favor de uno de los deudores-cedentes. En este caso, la deuda surge de un préstamo anterior, documentado en escritura de 2008, donde se testimonia el cheque nominativo mediante el que se entrega el préstamo. La deuda no solo es anterior, sino que ya ha vencido, y es, por tanto, líquida y exigible. No cabe suponer que la dación en pago tenga otra finalidad que la solutoria. Nada obsta el hecho de que se pacte un derecho de compra a favor del cedente, que constituye, asimismo, un pacto legal, derecho que por otra parte no ha sido ejercitado, por lo que se ha consolidado la transmisión.

PLUSVALÍA MUNICIPAL

Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10343)

Resolución de 15 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13129)

La comunicación realizada por el Notario autorizante a la Federación Española de Municipios y Provincias, al amparo del acuerdo entre dicha Federación y el Consejo General del Notariado relativo a la gestión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, no es suficiente a efectos de levantar el cierre registral impuesto por el art. 254 LH.

Esta Federación es una asociación voluntaria de entes locales y, por tanto, no es Administración Pública. El Consejo General del Notariado es una corporación de Derecho Público. Pero lo trascendente es que ninguna de ambas partes tiene la condición de Administración Tributaria. Lo que hay que acreditar es la recepción por el Ayuntamiento. Y no hay inconveniente en que la comunicación se realice personalmente, justificando el envío por correo certificado (Resolución de 3 de junio de 2013) o telemáticamente, siempre que el Ayuntamiento tenga habilitado este medio y no existan dudas de la recepción por él.

PRINCIPIOS HIPOTECARIOS (TRACTO SUCESIVO)

Resolución de 20 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11064)

Deniega la inscripción de un expediente de dominio de reanudación del tracto sucesivo, cuyos promotores habían comprado verbalmente a los titulares registrales, cuyos hijos y herederos fueron incluso citados en el expediente.

Es doctrina reiterada de la Dirección que solo hay interrupción del tracto si la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el derecho del titular registral. Por el contrario, no hay propiamente interrupción y no procede el expediente cuando el promotor del expediente es heredero o causahabiente del titular.

Resolución de 30 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11069)

Admite la anotación de un embargo pese a que la finca tiene como titular una sociedad absorbida por otra, que es la demandada. La absorción, en este caso, es previa a la demanda y ha sido conside-

rada por el Juez al despachar ejecución. Por ello, la Dirección aprecia identidad de razón y entiende aplicables a la absorción, por analogía, normas previstas para la sucesión *mortis causa*, como los arts. 38 LH y 166 RH (que permiten continuar el procedimiento de apremio y anotar el embargo pese a que la finca estuviese inscrita a nombre de persona distinta del embargado, cuando se haya accionado contra este como heredero de aquel).

Resolución de 8 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11661)

Las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria no precisan ejecución, sino que son directamente inscribibles (salvo las dictadas en rebeldía en los términos del art. 524 LEC) mediante la presentación de testimonio que acredite su contenido y firmeza, pero siempre que del Registro no resulten obstáculos que lo impidan.

Así, en el caso resuelto, se deniega la inscripción de la sentencia porque el procedimiento se ha seguido contra persona distinta del titular registral (el demandado había cedido al actual titular).

Resolución de 15 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11859)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa que establezca el dominio de una finca a favor del demandante, a consecuencia de una cadena de transmisiones privadas desde el titular registral. Solo se ha demandado al titular registral y no se han cumplido los requisitos establecidos en los arts. 200, 201 y 203 LH, en garantía de los transmitentes intermedios y de los eventuales perjudicados (citaciones, edictos, intervención del Fiscal, etc.), por lo que esta ejecutoria no es título hábil para reanudar el tracto.

Por otro lado, el recurrente argumenta haber adquirido por usucapión (los contratos privados aportados podrían ser considerados, si no como títulos adquisitivos *per se*, como justos títulos a efectos de calificar la usucapión). La sentencia no es inscribible por limitarse a declarar el dominio sin especificar la causa de adquisición.

Resolución de 19 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12230)

Deniega la inscripción de la venta de una mitad indivisa de finca porque en ella se hace constar que en otra escritura anterior (cuya inscripción se denegó mediante calificación no impugnada) la hoy vendedora y la titular de la otra mitad la dividieron y extinguieron la comunidad, adjudicándose una porción cada una. La vendedora actual carece de poder de disposición sobre la mitad vendida. Es doctrina reiterada que no cabe acceder a la inscripción al amparo del principio de legitimación registral del transmitente, prescindiendo de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si solo pueden registrarse actos válidos, esa validez no viene dada por el pronunciamiento registral, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo. El Registrador debe calificar no solo por lo que resulte del Registro, sino también atendiendo al contenido del título presentado.

Resolución de 4 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13566)

Deniega la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para la reanudación del tracto por existir una inscripción contradictoria de dominio de menos de treinta años de antigüedad y no resultar del auto que los titulares, según la misma, hayan sido citados tres veces, una de ellas al menos personalmente.



Resoluciones

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 17 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10700)

En su día se recurrió contra la calificación negativa de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales. Antes de recaer resolución, se otorgó escritura de subsanación del defecto, cuya calificación fue suspendida por el Registrador por encontrarse pendiente el recurso. Ahora se recurre contra esta suspensión y la Dirección estima el recurso.

La subsanación de un defecto apreciado en la calificación ni impide interponer recurso, ni implica desistimiento o decaimiento del mismo en caso de ser posterior a su interposición.

Resolución de 19 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11062)

Una vez practicado un asiento, el recurso gubernativo no es ahora cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o la invalidez del título inscrito, por no haber tenido en el procedimiento la posición jurídica prevista para él en el ordenamiento o por otra razón. El recurso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para declarar la nulidad de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 20 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11066)

Deniega la información registral solicitada a través de una sociedad dedicada profesionalmente a una actividad relacionada con el mercado hipotecario por falta de identificación de la persona por cuya cuenta actúa la entidad solicitante.

En el Registro de la Propiedad, el interés que da derecho a acceder al contenido del Registro ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Además, entiende la Dirección (sobre la base de las SSTC de 20 de noviembre de 2000 y de 31 de enero de 2013) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral.

El Registrador tiene derecho a tener cumplido conocimiento de la persona que solicita la información. Ciertamente, el art. 332 RH, que en caso de solicitud mediante persona encargada exige acreditar a satisfacción del Registrador el encargo y la identificación del mandante, presume acreditados a los profesionales del sector inmobiliario. Sin embargo, la Dirección interpreta que tal presunción exime de la acreditación, pero no de la identificación. Además, el apartado sexto de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 obliga al Registrador a archivar durante tres años las solicitudes de publicidad formal, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio, DNI o NIF.

Resolución de 28 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12286)

Se refiere a un acta de notoriedad complementaria de título público (elevación a público de cuaderno particional). La Dirección deniega la inscripción en tanto no se justifique el pago, exención o no sujeción al ITP, reiterando su nueva doctrina sobre interpretación del art. 255 LH (sentada a raíz de la Resolución de 3 de marzo de 2012).

Con anterioridad, la Dirección había establecido que, cuando se presenta un título, el Registrador debe decidir si la operación se halla

o no sujeta a impuesto y exponer todos los defectos que impidan la inscripción del título, aunque no se le haya acreditado el pago del impuesto, sin que pueda suspender la calificación hasta que se acredite el pago del impuesto y, después, volver a apreciar otros defectos. Por el contrario, actualmente sigue el criterio de que, en caso de falta de acreditación del pago del impuesto, el Registrador debe suspender siempre la calificación (tanto la positiva como la negativa) y, por tanto, la inscripción (permitiéndose solo el asiento de presentación). Esta interpretación se considera más ajustada a la literalidad de la norma y a su finalidad (garantizar el cumplimiento de la normativa tributaria), como han reconocido pronunciamientos jurisdiccionales recientes.

Resolución de 7 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12961)

Deniega el recurso interpuesto por el titular actual de una finca contra la inscripción de la adjudicación (y cancelación de asientos posteriores) derivada de la ejecución de un embargo anterior a su adquisición.

Una vez practicado un asiento, el recurso gubernativo no es ahora cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o la invalidez del título inscrito. El recurso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para declarar la nulidad de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 20 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13301)

Deniega la práctica del asiento de presentación de un documento privado por el que se solicita que se suspenda la inscripción de unas resoluciones judiciales por alegar la interesada la pendencia de un procedimiento penal y un recurso de amparo constitucional.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más, por lo que su impugnación debe tener lugar mediante el recurso gubernativo de los arts. 322 y ss. LH, y no mediante el de revisión de oficio por la propia Registradora (art. 105 de la Ley 30/1992). El art. 420.1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los casos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral, lo que no ocurre en el supuesto. Los que se crean con derecho sobre la finca objeto de inmatriculación en la vía del art. 205 LH podrán alegarlo ante el Juez competente, quien deberá ordenar, en su caso, que se tome anotación preventiva de demanda (art. 298 RH).

Resolución de 3 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13563)

Bajo el encabezamiento «Recurso gubernativo», se presenta en el Registro un escrito acompañado por varios documentos tampoco susceptibles de inscripción (documentos dirigidos a distintas administraciones y notas simples registrales). La Dirección desestima el recurso por inexistencia de un documento que pudiera ser susceptible no ya de calificación e inscripción, sino incluso de mera presentación.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Resolución de 30 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10346)

Deniega la inscripción de una renuncia abdicativa sobre el dominio de un local en propiedad horizontal. En primer lugar, porque



es una renuncia que perjudica a terceros (art. 6.2 CC), pues supone un incremento de los demás propietarios en los gastos generales y en la aportación al fondo de reserva. Las deudas de la comunidad, al carecer de personalidad jurídica, son deudas de los propietarios. Procede la aplicación analógica del art. 1705 CC, sobre la sociedad civil de duración indefinida: la inscripción de la renuncia no puede ser automática, sino que hay que exigir que la renuncia sea puesta en conocimiento de los demás propietarios para que puedan impugnarla judicialmente si entienden que es de mala fe. A la misma solución se llega aplicando el art. 395 CC, sobre comunidad de bienes, que admite la liberación de la responsabilidad del comunero mediante su renuncia a su parte en la comunidad, lo que implica abandono traslativo.

Por otro lado, los principios registrales impiden dejar sin titular una finca inmatriculada, por lo que no es posible inscribir una renuncia sin inscribir simultáneamente una nueva titularidad. Así, en el caso de que fuese calificada positivamente la legalidad de una renuncia, debería inscribirse la finca en la forma prevista en el art. 4.2 LPH, es decir, a nombre de todos los propietarios en *pro indiviso* ordinario. En definitiva, la inscripción de la renuncia exigiría el consentimiento de los demás copartícipes (art. 239.3 RRM, sobre disolución de la sociedad colectiva y comanditaria), o bien mediante sentencia que la declarase legítima.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10349)

Deniega la inscripción por compra de un local a favor de la comunidad de propietarios del edificio al que pertenece por carecer de personalidad jurídica independiente.

Ciertamente, la comunidad en propiedad horizontal es objeto de consideración unitaria para ciertos efectos legales por la existencia de un patrimonio separado colectivo: puede ser titular de fondos y créditos comunes (arts. 9.1.f y 22.1 LPH), obligaciones (arts. 10.1 y 22.1 LPH) y arrendamiento de elementos comunes (art. 17.1.ª.2 LPH). También tiene capacidad procesal para ser demandante y demandada (art. 13.3 LPH) y, como proyección de esto, puede ser titular de anotaciones preventivas cautelares y de ejecución (art. 21.5 LPH).

Pero esta posibilidad no se extiende a la inscripción de la propiedad u otros derechos reales, que son asientos de carácter definitivo y presuponen la personalidad jurídica del titular (art. 11 RH), la cual le niega la jurisprudencia a estas comunidades (STS de 6 de noviembre de 1995).

Resolución de 4 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11656)

Deniega la inscripción de la venta de un elemento en propiedad horizontal que se realiza a favor de «*todos y cada uno de los propietarios de la comunidad*», representada por el Presidente, facultado unánimemente para esta adquisición y para hacer constar que la finalidad de la adquisición es incorporarla a las zonas comunes y dedicarla a zona ajardinada.

Ciertamente, la comunidad en propiedad horizontal es objeto de consideración unitaria para ciertos efectos legales por la existencia de un patrimonio separado colectivo: puede ser titular de fondos y créditos comunes (arts. 9.1.f y 22.1 LPH), obligaciones (arts. 10.1 y 22.1 LPH) y arrendamiento de elementos comunes (art. 17.1.ª.2 LPH). También tiene capacidad procesal para ser demandante y demandada (art. 13.3 LPH) y, como proyección de esto, puede ser titular de anotaciones pre-

ventivas cautelares y de ejecución (art. 21.5 LPH). Pero esta posibilidad no se extiende a la inscripción de la propiedad u otros derechos reales, que son asientos de carácter definitivo y presuponen la personalidad jurídica del titular. No obstante, aunque no cabría inscribir directamente a nombre de la comunidad, sí que cabría configurar el derecho adquirido mediante la transformación de un elemento privativo en común, si bien esto exigiría un acto de afectación y la consiguiente modificación del título constitutivo, que no consta en la escritura calificada.

También cabría configurar la adquisición como realizada por todos y cada uno de los restantes propietarios, constituyendo un «departamento procomunal» (*pro indiviso* y excluyendo la acción de división, *ex art. 4 LPH*), que parece ser lo pretendido en el título, mediante la vinculación de dicha cotitularidad con la propiedad de cada elemento privativo. Pero tal configuración debe constar en el título constitutivo de la propiedad horizontal, lo que exige determinar que se adquiere *pro indiviso* y la proporción en que cada propietario lo hace (que podría ser en la misma de sus cuotas), así como (si se quiere) la conexión *ob rem* de esa titularidad con la de cada departamento.

Resolución de 9 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11852)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada judicialmente sobre una facultad que el promotor se reservó en los estatutos inscritos de un edificio constituido en propiedad horizontal. La facultad reservada consiste en que el promotor, mientras siga siendo copropietario, podrá adjudicar el uso y disfrute de la cubierta a favor del titular o titulares de las viviendas situadas en las plantas bajo cubierta del edificio. En ningún caso el promotor se ha reservado el uso exclusivo para sí. Era único propietario al constituir la propiedad horizontal y continúa siéndolo de las viviendas de bajo cubierta.

Para la Dirección, la reserva lo es de una facultad personalísima, dependiente exclusivamente de la voluntad de su titular y, por tanto, intransmisible. Su constancia registral tiene el valor de simple mención de un derecho sin naturaleza real.

RECTIFICACIÓN

Resolución de 11 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13122)

Se presenta una escritura de herencia y el Registrador la inscribe, pero, en lugar de sobre la finca inventariada, sobre la resultante de su aportación a un proyecto de compensación inscrito entre tanto. Ahora los herederos pretenden que se inscriba sobre la finca de origen, alegando error en la inscripción por falta de coincidencia en la descripción y las cargas. La Dirección lo deniega, porque los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales. Tampoco es posible acudir al procedimiento de rectificación de errores (materiales o de concepto), porque solo procede cuando se trate claramente de errores y así lo reconozca el Registrador, lo que no ocurre en este caso, donde la controversia solo puede resolverse judicialmente (art. 218 LH).

Resolución de 27 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13376)

Suspende la inscripción de una rectificación que pretende hacer constar el carácter común de unas terrazas que constan inscritas como parte integrante de unas viviendas en propiedad horizontal. Aunque el recurrente alega que siempre fueron comunes, el Regis-



Resoluciones

trador que inscribió el edificio no padeció error (ni material ni de concepto), pues inscribió las terrazas tal y como constaban en el título. Por ello, resulta de aplicación el art. 40.d LH, que exige consentimiento de los titulares o resolución judicial. Y, tratándose de un edificio en propiedad horizontal, los interesados que deben consentir no son solo los titulares de los pisos afectados, sino todos los copropietarios. Las comunidades que reúnan los requisitos del art. 396 CC y no hubiesen otorgado título constitutivo de la propiedad horizontal (como es el caso) se someten al régimen de la Ley de la Propiedad Horizontal, según su art. 2.b.

Resolución de 28 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13377)

Resolución de 29 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13379)

Consta inscrita, desde hace unos quince años, la compra de unas fincas por una sociedad civil. Ahora se presentan a la vez dos escrituras consecutivas otorgadas por quienes comparecieron en la anterior compra como representantes de la sociedad, pero que ahora intervienen en nombre propio, acreditando ser apoderados de sus cónyuges y manifestando también ser únicos socios por mitad de la sociedad civil. Así, se presentan: a) una escritura de subsanación de la compra inicial, en el sentido de decir que la compra se hizo por mitades indivisas para las respectivas sociedades de gananciales de los comparecientes, y b) otra escritura de extinción de comunidad sobre dichas fincas.

La Dirección confirma los defectos: falta de tracto en la extinción de comunidad, falta de acreditación fehaciente de la representación de la sociedad civil y falta de causa jurídica suficiente para la rectificación que se pretende.

Habiéndose producido una verdadera transmisión dominical, inscrita y protegida por la presunción del art. 38 LH, no puede rectificarse como si se tratase de un mero error del título o la inscripción, cuando, en realidad, se trata de un error de consentimiento de los otorgantes. Resulta relevante el largo lapso de tiempo en que la sociedad ha constado como titular y ha operado en el tráfico como tal, realizando actos de riguroso dominio (además de una obra nueva, una venta y una compra de la misma participación de finca). El cambio de titularidad pretendido exige una justa causa, y la Dirección no admite como tal las dudas acerca de la personalidad jurídica de las sociedades civiles. Además, el objeto de la sociedad civil era claramente mercantil (comercio al por mayor de materiales de construcción), lo que determina que su régimen deba ser el de las normas mercantiles, sin que las partes puedan eludirlas por la mera voluntad de los socios, pues en muchos casos tienen carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico.

REFERENCIA CATASTRAL

Resolución de 4 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13567)

Deniega la constancia registral de la referencia catastral de una finca por existir, entre la certificación del Catastro y la inscripción, discrepancias en cuanto a la naturaleza de la finca, vía y linderos. El art. 53 de la Ley 13/1996 (declarado vigente por el Texto Refundido de la Ley del Catastro) permite solicitar la constancia de la referencia catastral de una finca inscrita, aunque no haya concordancia total de datos, si coinciden descripción y situación y la diferencia de superficie es inferior al 10 % de la registrada. En el caso resuelto, coincide la

cabida, pero, en cuanto a los demás datos, las divergencias son tales que bien podríamos encontrarnos ante fincas diferentes.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10687)

En virtud de convenio regulador de divorcio homologado judicialmente, los cónyuges convinieron que la vivienda familiar (ganancial) sería vendida y se repartiría el precio entre ambos, y que entre tanto se establecía un derecho de uso sobre la misma a favor de la esposa y el hijo menor, pactando su extinción al realizarse de mutuo acuerdo la venta del inmueble. El derecho de uso se inscribió.

Ahora, al irse a vender la vivienda a un tercero en los términos pactados, se solicita la cancelación del derecho de uso inscrito como error registral de concepto. Para la Dirección, no hay tal, y confirma la calificación que exige consentimiento de ambos cónyuges o decisión judicial.

Resolución de 19 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11063)

Admite una anotación preventiva de embargo sobre vivienda privativa de un cónyuge sin necesidad de notificación al cónyuge no deudor prevista en el art. 144.5 RH, a pesar de que, según el mandamiento calificado, coinciden el lugar o pago donde se ubican la vivienda embargada y el domicilio del deudor.

El Registrador solo puede rechazar la anotación de embargo en aplicación del citado precepto cuando del Registro resultare el carácter de vivienda habitual del bien embargado y no se acreditare que el cónyuge del deudor tiene conocimiento adecuado de ello. La constancia del carácter familiar de la vivienda debe ser clara y expresa, bien porque resulte de la manifestación del titular, bien por la realización de actos cuya inscripción requiera consentimiento del cónyuge no titular (por ejemplo, una constitución de hipoteca).

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Resolución de 15 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11860)

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12963)

Admite la práctica de una anotación de embargo administrativo sobre un vehículo inscrito en el Registro de Vehículos de la Jefatura Provincial de Tráfico a nombre del embargado, aunque en el Registro de Bienes Muebles aparece a nombre de persona distinta.

El Registro de Bienes Muebles no es solo de gravámenes, sino que también lo es de titularidades. Por ello, incorpora el principio de tracto sucesivo y la presunción de existencia y titularidad del derecho solo deriva de sus asientos (y no de la base de datos administrativa). Ahora bien, tras el Convenio de 10 de mayo de 2000, el Registro y la base de datos de la DGT están interconectados telemáticamente. La facultad de utilizar esta interconexión se configura en la Instrucción de la DGRN de 3 de diciembre de 2002 como una herramienta en manos del Registrador que tiene como finalidad evitar la multiplicación de las tercerías de dominio e incrementar la seguridad jurídica.



La Dirección entiende aplicable el n.º 7 de la Instrucción, que permite inscribir el contrato sobre un vehículo que aparezca inscrito en el Registro de Bienes Muebles a favor de persona distinta del transmitente, acompañando certificación del Registro de Vehículos de la DGT acreditativa de la inscripción a nombre del transmitente, siempre que en un mes no haya habido oposición del titular registral (regla que no se aplica en caso de que el asiento contradictorio derive de un contrato de venta a plazos, arrendamiento —financiero o no—, *factoring* o financiación). Esta regla se refiere, en principio, a transmisiones, pero por identidad de razón es aplicable a embargos. La presunción derivada de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles es *iuris tantum* y, por tanto, desvirtuable.

Resolución de 4 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12956)

Admite la inscripción de unas pólizas de financiación a un comprador de bienes muebles pese a que (tratándose de pólizas desdobladas) en la diligencia de intervención del ejemplar firmado por la entidad financiera se ha variado la identidad de su representante y el poder con que interviene. Esta variación no altera en nada el negocio otorgado, por lo que no incumple la obligación impuesta en el art. 197.3 RN de que cada uno de los ejemplares sea una «póliza completa» (lo que implica que todos deben ser iguales). Esta regla debe interpretarse como que cada ejemplar debe recoger todos y cada uno de los elementos del negocio sin variación alguna.

REPRESENTACIÓN

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10692)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la cual el representante de la entidad financiera interviene en uso de un poder que el Notario dice que consta inscrito en el Registro Mercantil y lo juzga suficiente. El Registrador, en su informe (ya en fase de recurso), dice que ha consultado telemáticamente el Registro Mercantil y que el poder no está inscrito, pero en la calificación se limitó a decir que no constaba la inscripción del poder. Por tanto, el defecto no puede ser mantenido. Por lo demás, es doctrina consolidada que la reseña del art. 98 de la Ley 24/2001 incluye la expresión de la inscripción en el Registro Mercantil si se trata de poderes inscritos.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

Resolución de 7 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11658)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una sociedad limitada que exige, para la válida constitución del Consejo de Administración, la concurrencia de todos sus miembros.

La exigencia de unanimidad en la actuación administrativa no es extraña a la esencia tipológica de las sociedades de capital: ciertamente, exigir la unanimidad para la decisión desnaturalizaría la estructura del órgano, que dejaría de ser colegiado para ser mancomunado, pero, respecto de la constitución, la exigencia de que todos los miembros participen en el debate no desvirtúa el carácter esencialmente colegial del Consejo, sino que, por el contrario, faci-

lita conseguir mayor participación. No cabe alegar que la cláusula cuestionada introduce un derecho de veto a favor de cada uno de los administradores, pues el administrador (a diferencia de lo que ocurre con el socio en las juntas generales) tiene el derecho, pero también la obligación, de asistir a las reuniones del Consejo, de modo que una asistencia injustificada le haría incurrir en responsabilidad. La mera eventualidad de un ejercicio abusivo de esta facultad no basta por sí para rechazar la cláusula.

Resolución de 23 de septiembre de 2013 (BOE 253, 22-X-13: 11068)

Deniega la inscripción del acuerdo de una sociedad anónima por el que se nombran miembros del Consejo de Administración hasta un número de cinco, siendo que en los estatutos se prevé que el Consejo esté formado por seis.

Los estatutos de las sociedades de capital tienen carácter normativo y son imperativos. La ley exige determinar en los estatutos el número de administradores, pero, ciertamente, permite flexibilizar esta exigencia, haciendo constar el número máximo y el mínimo. Ahora bien, si (como ocurre en el supuesto) la sociedad opta por establecer un número rígido, la Junta carece de competencia para nombrar un número distinto, si no modifica previamente los estatutos. Diferente sería el supuesto de vacantes dentro del Consejo, pero aquí se trata de un acuerdo que incumple las exigencias estatutarias.

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 2 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11276)

Consta inscrito un aumento de capital de una sociedad limitada. Ahora se pretende cancelar este asiento a solicitud de la misma sociedad, alegando la nulidad de la ampliación por haberse suscrito en su totalidad por una sociedad íntegramente participada, que también consiente.

La Dirección deniega la cancelación pretendida. La adquisición originaria está prohibida tanto para sociedades anónimas como para sociedades limitadas, pero la respuesta jurídica en caso de infracción es diferente en ambos tipos sociales. Ciertamente, respecto de las limitadas, se establece la nulidad de pleno derecho (art. 135 LSC). Pero, en el ámbito mercantil, la nulidad no tiene los mismos radicales efectos que en el civil (donde el art. 1303 CC impone la restitución al estado anterior), porque deben considerarse también, además de los intereses de las partes, la conservación de la empresa y la salvaguardia del principio de seguridad jurídica. Así, esta declaración de nulidad implica la modificación del capital, la amortización de las participaciones emitidas y la restitución de la aportación que en su día hizo la sociedad suscriptora, situación que nos reconduce a los mecanismos de protección de los acreedores previstos en los arts. 331 a 333 LSC respecto de la reducción de capital con restitución de aportaciones. El título deberá contemplar cuál de los mecanismos de protección se ha establecido: bien responsabilidad solidaria de las sociedades emisora y suscriptora (art. 331.1); bien constitución de reserva indisponible (art. 332); bien respeto al derecho de oposición en los supuestos contemplados en los estatutos (art. 333).

Resolución de 7 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12962)

Admite la inscripción del aumento de capital de una sociedad limitada con aportaciones dinerarias justificadas mediante certi-



Resoluciones

ficación bancaria expedida tres días antes del otorgamiento de la escritura, a pesar de que resulta de la certificación que los ingresos bancarios se hicieron en fecha anterior en más de dos meses a la escritura y al acuerdo.

Ciertamente, el art. 62 LSC fija un plazo de dos meses para la vigencia de la certificación, y es así como debe interpretarse la regla del art. 189.1 RRM según la cual la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura o acuerdo. Para la Dirección, es la fecha de la certificación la que acredita de modo efectivo la aportación dineraria, siempre que pueda deducirse inequívocamente el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición. Así se evita que un posible retraso en la formalización de la escritura obligue a volver a depositar con la misma finalidad. La entidad de crédito, al certificar, renueva el depósito efectuado en su día, computándose desde ese momento el plazo de dos meses.

Resolución de 20 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13302)

Suspende la inscripción de una escritura de reducción a cero y simultáneo aumento de capital de una sociedad limitada mediante compensación de créditos de los socios presentes contra la sociedad, por no haberse respetado el derecho del socio ausente a la asunción preferente de nuevas participaciones, expresamente reconocido en el art. 343 LSC en este tipo de operaciones.

Ciertamente, el derecho de asunción preferente procede solo en caso de creación de nuevas participaciones en aumentos de capital con aportaciones dinerarias (art. 204 LSC y Resolución de 4 de febrero de 2012), pero no procede si la aportación es *in natura*, como ocurre en los casos de compensación de créditos. Sin embargo, para la Dirección, la «operación acordeón» solo puede tener una finalidad neutra, lo que excluye un uso como el del supuesto: conseguir la salida del socio disidente (para lo cual hay otros mecanismos legales). Se podía haber respetado el derecho de asunción del socio ausente, previendo un aumento de capital por tramos o mixto.

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 5 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10354)

Resolución de 12 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13123)

Resolución de 13 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13125)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada porque en el documento que se presenta junto a las cuentas los auditores manifiestan no poder expresar una opinión sobre las cuentas adjuntas. Conforme a su normativa reguladora, el informe de auditoría podrá expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada. Ninguna de ellas resulta del documento aportado.

Resolución de 8 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11662)

En relación con una sociedad cuya hoja registral se halla cerrada por falta de depósito de cuentas, se presentan dos escrituras: una de cese y nombramiento de administrador y otra de concesión de poder mercantil.

Sobre la base del art. 378 RRM, la Dirección deniega la inscripción del nuevo nombramiento y del poder, pero admite la inscripción del

cese por ser una de las excepciones al cierre expresamente previstas en dicho precepto. La inscripción parcial solicitada es posible en cuanto al negocio inscribible.

Resolución de 17 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12227)

Admite el depósito de unas cuentas presentadas mediante comunicación telemática de dos archivos electrónicos que contienen, respectivamente, las cuentas y el certificado del acuerdo que las aprueba. Al generarse automáticamente una huella digital por el sistema (aplicación contenida en el portal del Colegio Nacional de Registradores que posibilita el procedimiento previsto en la Instrucción de 30 de diciembre de 1999), la cual queda incorporada a la documentación, no cabe exigirla de nuevo. El procedimiento del supuesto no es el del art. 2 de la Instrucción (presentación en soporte informático), sino el del art. 7 (presentación mediante comunicación telemática), que prevé un sistema de correspondencia entre las cuentas y el certificado consistente en la creación automática de una huella digital.

Resolución de 3 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13564)

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13304)

Resolución de 6 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12959)

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral (art. 366.1.5.º RRM).

El supuesto de la Resolución de 3 de diciembre de 2013 es más complejo: el socio minoritario renunció al nombramiento de auditor y el Registrador no admitió la renuncia, siendo también recurrida en alzada tal inadmisión. Es preciso esperar a que se disipe la indeterminación sobre la subsistencia del nombramiento de auditor para poder determinar si las cuentas han de ir acompañadas de informe o no.

Resolución de 14 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13128)

Deniega la inscripción de una escritura de cese de administrador y nuevo nombramiento de cargos por tratarse de una sociedad que ha causado baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria. El cierre registral por falta de depósito de cuentas y el producido por baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria tienen diferente alcance. El debido a falta de depósito de cuentas tiene como excepción el cese de administrador (aunque no así el nombramiento de uno nuevo). Sin embargo, las únicas excepciones al cierre por baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria son la certificación de alta en dicho Índice y los asientos ordenados judicialmente, pero no el nombramiento de administradores, ni su cese o renuncia.

Resolución de 18 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13298)

Aunque la sociedad se encuentre en liquidación, las cuentas anuales deben contar con la aprobación de la Junta, no bastando para su depósito con acompañarlas del informe del liquidador sobre el estado de la contabilidad. La Junta de socios siempre tiene la competencia para la aprobación de las cuentas anuales, aplicación de resultado y aprobación de la gestión social (art. 160 LSC).



Resolución de 19 de noviembre de 2013 (BOE 303, 19-XII-13: 13300)

Deniega el depósito de cuentas de un ejercicio al hallarse el Registro cerrado por falta de depósito de las cuentas del ejercicio anterior. Este nuevo recurso no es cauce apropiado para debatir las razones que llevaron a denegar el depósito de las cuentas de dicho ejercicio anterior.

Resolución de 29 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13380)

Admite el depósito de cuentas del ejercicio 2012 de una sociedad que entra en concurso en 2011, sin necesidad de verificación contable (la sociedad tiene inscrito a un profesional auditor). La Dirección entiende aplicable al caso la redacción del art. 46 LC anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 30/2011, vigente desde el 1 de enero de 2012. Antes de tal reforma, se eximía de la auditoría al primer ejercicio en estado de concurso.

Resolución de 4 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13568)

Resolución de 5 de diciembre de 2013 (BOE 307, 24-XII-13: 13569)

La sociedad depositante puede elegir la modalidad legal de presentación: telemática, CD/DVD y papel. Las cuentas presentadas de una forma pueden subsanarse de otra, pero lo que no cabe en ningún caso es presentar simultáneamente las cuentas en diferentes soportes.

En el caso resuelto, se deniega el depósito de unas cuentas presentadas en un CD donde se hace constar que existen partidas medioambientales, pero acompañadas de un escrito donde los administradores explican que no existen tales partidas. Para la Dirección, no se trata de una subsanación, porque no se hace referencia a un error padecido en el CD, sino que estamos ante la presentación simultánea de dos documentos (digital y en papel) evidentemente contradictorios.

JUNTA GENERAL, ACUERDOS Y SU IMPUGNACIÓN

Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE 238, 4-X-13: 10342)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos sociales relativos al cese y nuevo nombramiento de administradores. No se trata de junta universal y no se acreditan los elementos esenciales de regularidad de la convocatoria, particularmente en cuanto a la inclusión del asunto en el orden del día y su aceptación, si bien la Dirección recuerda que tal inclusión no es necesaria para decidir sobre la separación de administradores (art. 223.1 LSC) y el nombramiento de sus sustitutos.

La certificación no expresa la identidad del Presidente de la Junta, que debe ser designado al comienzo de la sesión y a quien corresponde declarar que la Junta ha quedado válidamente constituida. Además, la razón fundamental para denegar la inscripción es que consta anotado en la hoja de la sociedad un auto judicial de fecha inmediatamente anterior a la junta en cuya virtud se suspenden sus acuerdos sobre cese y nombramiento de administrador. Ciertamente, la anotación de demanda de impugnación de acuerdos no produce cierre registral, pero lo que ocurre en este caso es que, a consecuencia de la impugnación, la sociedad se encuentra acéfala: los administradores recién nombrados están judicialmente suspendidos

en sus funciones, sin que esto implique la rehabilitación de los anteriores. Por otro lado, la Dirección entiende cumplido lo dispuesto en el art. 111 RRM, al acompañarse la notificación fehaciente exigida (en este caso, notarial).

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10691)

Resolución de 14 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11857)

Deniega la inscripción del precepto estatutario que permite celebrar las juntas de socios en término municipal distinto de aquel en que la sociedad tenga su domicilio.

El art. 175 LSC exige que las juntas generales se celebren, salvo disposición contraria de los estatutos, en el término municipal del domicilio social. Es precepto imperativo, cuyo incumplimiento determina la nulidad de la convocatoria y, por ende, de la junta. Se justifica en el respeto a los derechos de asistencia y voto de los socios. Solo se excepcionan los supuestos de junta universal y fuerza mayor (STS de 28 de marzo de 1989), así como la disposición contraria de los estatutos prevista en el propio art. 175, la cual, no obstante, no supone ausencia total de límite para fijar el lugar de reunión. Con claridad establece el precepto que, a falta de determinación en la convocatoria, el lugar de celebración será el domicilio social, y que si la convocatoria fija otro lugar de reunión, debe estar dentro del mismo término municipal donde se encuentre el domicilio social. De ahí que la disposición en contrario pueda tener como límite un ámbito similar o inferior, pero nunca superior (comarca, provincia, comunidad autónoma). Tampoco es aceptable que el lugar de celebración quede en absoluta indeterminación y que ello faculte al administrador a llevar a cabo la convocatoria en cualquier lugar. Es imprescindible que los estatutos posibiliten al socio un mínimo de predictibilidad y le garanticen la posibilidad de asistir personalmente.

Por otro lado, la Resolución de 14 de octubre también considera defecto las discrepancias, en cuanto al domicilio de una de las fundadoras, que existen entre los datos de la comparecencia (donde intervino en su nombre un mandatario verbal) y los de su ratificación. Esta evidente discrepancia impide que los datos consten de modo indubitado y, por tanto, que sean inscribibles.

Resolución de 18 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10703)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos sociales adoptados en junta convocada por uno solo de los administradores mancomunados. Los acuerdos se refieren a la aprobación de cuentas, el cambio a sistema de administrador único, el nombramiento para tal cargo y el traslado del domicilio social.

En general, la facultad de convocar la junta corresponde al órgano de administración y, en caso de ser plural, a sus miembros en idéntica forma a la correspondiente a su actuación. Excepcionalmente, el art. 171 LSC permite la convocatoria por solo uno de los dos administradores mancomunados, pero únicamente a los solos efectos de cubrir la vacante, de lo que exceden con mucho los acuerdos adoptados (a parte de que tampoco resulta claramente del expediente que estemos en el caso del citado artículo).

Resolución de 1 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11271)

Deniega la inscripción de una elevación a público de acuerdos de junta por dos motivos. Primero, porque la junta ha sido convo-



Resoluciones

cada solo por el Presidente del Consejo de Administración en cumplimiento de la petición de un accionista que representa más del 5 % del capital (art. 168 LSC). La facultad de convocar la junta está reservada al órgano de administración, al margen de supuestos singulares: sociedad en fase de liquidación (art. 166 LSC), convocatoria judicial (arts. 169 y 171.1 LSC) y órgano de administración incompleto que convoca con objeto limitado (art. 171.2 LSC). En el caso resuelto, no concurre ninguno de estos supuestos, por lo que la convocatoria es monopolio del Consejo de Administración, según sus propias normas de funcionamiento, aunque su ejercicio constituya un deber más que una facultad.

El segundo defecto consiste en que la convocatoria de junta se ha realizado mediante envío certificado con acuse de recibo, mientras que los estatutos prevén solo el envío por telegrama o burofax. Sin discutir la validez del envío certificado notarial, hay que estar a lo dispuesto en los estatutos, porque no se trata de procedimientos equivalentes: la principal característica diferenciadora del telegrama o burofax es la rápida recepción por los destinatarios, teniendo además en cuenta que la antelación con que debe convocarse la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio y no desde su recepción (art. 176.2 LSC).

Resolución de 23 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12232)

Deniega la inscripción de un precepto estatutario que prevé dos sistemas de convocatoria de la junta, pero sin determinar en qué momento o por qué causas objetivas ha de aplicarse uno u otro, lo que equivale a establecer un sistema alternativo sujeto a la libre voluntad del órgano de administración, que es algo contrario a la doctrina registral consolidada (Resolución de 25 de febrero de 1999). Así, los estatutos se limitan a afirmar que, en sustitución del sistema de convocatoria por página web, cabe cualquier procedimiento de comunicación individual y escrito, pero sin recoger las causas en virtud de las cuales operaría la sustitución.

Resolución de 24 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12233)

Admite la inscripción de una escritura de modificación de estatutos (y cambio del sistema de retribución de los administradores) pese a que en los anuncios de convocatoria se hizo constar el derecho de los socios a obtener, gratuita e inmediatamente, los documentos referidos en el art. 272 LSC, así como a examinar en el domicilio social los documentos a que se refiere el art. 287 LSC, aunque no se hizo referencia al derecho de los socios a solicitar la entrega o el envío gratuito de dichos documentos, tal y como recoge el último artículo citado.

La Dirección entiende respetado el derecho de información de los socios en la convocatoria de la junta, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar judicialmente el acuerdo, porque: a) el derecho de información se recoge en la convocatoria, en cuyos anuncios se expresa claramente el contenido de la modificación y el artículo a que se refiere; b) la omisión de dos de los medios de hacer efectivo el derecho de información no implica *per se* una privación del mismo, pues el anuncio tiene carácter funcional al ser este derecho de atribución legal (STS de 13 de febrero de 2006), y c) los socios asistentes, además, representan más del 97 % del capital y adoptaron el acuerdo por unanimidad, por lo que la convocatoria de nueva junta no alteraría el resultado de lo acordado.

Resolución de 28 de octubre de 2013 (BOE 280, 22-XI-13: 12285)

Deniega la inscripción de acuerdos de una junta porque la convocatoria ha sido realizada por solo dos de los tres administradores mancomunados. Además, no cabe entender que los defectos en la convocatoria queden suplidos por tratarse de junta universal, porque esta exige no solo la asistencia de todo el capital, sino también la aceptación unánime de la celebración de la junta y del orden del día. En el caso resuelto, existe un acta notarial de junta de la que resulta que el asesor de un socio se opone a la constitución de la junta, dado que no ha sido convocada. Como último defecto, hay acuerdos que implican modificación estatutaria (cambio de domicilio), lo que obliga a hacer constar en el anuncio de convocatoria el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación y la entrega o el envío gratuito (art. 287 LSC).

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Resolución de 3 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11655)

En su día se calificó negativamente una escritura de fusión, dando lugar a la Resolución de 6 de abril de 2013, que confirmó la denegación por estar una de las sociedades absorbidas indirectamente participada por la absorbente.

Ahora, con el fin de subsanar el defecto confirmado por la Dirección, se presenta modificación del acuerdo de fusión consistente en la exclusión de la sociedad participada indirectamente, que consiente. No procede exigir que se inicie un procedimiento de fusión nuevo. Si consta el cumplimiento de los requisitos exigidos, debe llevarse a cabo la inscripción en los términos que resultan de la modificación. No cabe solicitar un nuevo proyecto de fusión (innecesario, además, en este caso, según el art. 42 LME) ni nueva certificación del Registro Mercantil de origen de las sociedades no afectadas por la modificación.

Ahora bien, la inscripción se deniega hasta que se publiquen o se notifique a los eventuales acreedores los acuerdos de fusión modificados y se cumpla con el art. 44 LME, ya que el derecho de oposición de los acreedores se fundamenta en el conocimiento del acuerdo de fusión.

OBJETO SOCIAL

Resolución de 11 de noviembre de 2013 (BOE 300, 16-XII-13: 13121)

Admite la inscripción de la actividad integrante del objeto social, que consiste en la promoción, creación y participación en empresas y sociedades industriales, comerciales, inmobiliarias, de servicios o de cualquier otro tipo.

Ciertamente, es doctrina reiterada que la definición estatutaria del objeto social debe realizarse determinando las actividades que lo integran (art. 23.b LSC), de modo que acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil, sin que puedan incluirse en el objeto los actos necesarios para el desarrollo de las actividades que incluye ni actividades de lícito comercio o análogas expresiones genéricas (Resolución de 25 de enero de 2012). Y sobre el precedente de la Resolución de 1 de diciembre de 1982 (que no apreció indeterminación cuando, a través de términos concretos y



definidos, se señalase una actividad de carácter general, y por ello admitió como objeto social la promoción y desarrollo de empresas de todo tipo), la Dirección entiende ahora que la promoción y participación en empresas es una determinación suficiente que no requiere especificar las actividades concretas que dichas empresas deban realizar. Además, la Ley de Apoyo a los Emprendedores (Ley 14/2013) exige que en la primera inscripción se haga constar el código correspondiente al objeto social, según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, para facilitar la labor de los profesionales que intervienen en el proceso de creación de empresas.

PRESTACIONES ACCESORIAS

Resolución de 22 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12231)

Deniega la inscripción de la elevación a público del acuerdo adoptado por la junta general de una sociedad limitada, con el voto favorable del socio que representa el 55 % del capital, por el cual se suprime la obligación de realizar prestaciones accesorias retribuidas vinculada a la titularidad de las participaciones del otro socio (representativas del 45 % restante), quien vota en contra del acuerdo.

Las prestaciones accesorias son obligaciones de naturaleza societaria y de carácter estatutario cuya modificación o extinción anticipada exige un acuerdo social adoptado con los requisitos de la modificación de estatutos, si bien se requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados (art. 89-2 LSC).

SOCIEDAD PROFESIONAL

Resolución de 9 de octubre de 2013 (BOE 272, 13-XI-13: 11851)

La sociedad profesional, en sentido estricto, es centro subjetivo de imputación del negocio y se le atribuyen los derechos y obligaciones derivados del mismo, a diferencia de las sociedades de medios, comunicación de ganancias e intermediación, que quedan fuera de la Ley de Sociedades Profesionales. Ahora bien, en relación con esta materia, la STS de 18 de julio de 2012 sienta como principios el carácter imperativo de la regulación especial y la exigencia de certidumbre jurídica. Así, ante las dudas derivadas de la inclusión en el objeto social de actividades que pudieran constituir el objeto de una sociedad profesional o no, debe exigirse la mención expresa de tratarse de una sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación, pues la falta de tal expresión hará entender que se trata de una sociedad sometida imperativamente a la Ley de Sociedades Profesionales.

En consecuencia, la Dirección deniega la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada en cuyo objeto se incluye la prestación de servicios sanitarios, a pesar de ser uno de los objetos previstos en los estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010 (se trata de sociedad constituida de conformidad con el art. 5-2 RDL 13/2010). Esta circunstancia no cambia la doctrina expuesta: si la sociedad no se constituye como profesional, la transcripción de los estatutos-tipo deberá completarse con la precisión de ser sociedad de medios, comunicación de ganancias o intermediación.

SUCESIONES

Resolución de 6 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10688)

Deniega, por falta de tracto, la práctica de una anotación preventiva de derecho hereditario pretendida por un legitimario sobre una finca que no figura inscrita a nombre de la causante, sino de una hija a quien ella había donado hacía años, y a pesar de que en la donación se hizo constar que se hacía como anticipo de legítima.

La titular es la hija donataria, quien no tiene limitadas en modo alguno sus facultades dominicales sobre la finca. Será en la partición, tras fijarse las legítimas, cuando se puedan ejercitar acciones para la protección de las mismas, así como las de colación y reducción de donaciones, obteniendo reflejo registral mediante una resolución o una anotación de demanda. Así, la operación solicitada exige o bien el consentimiento del titular registral, o bien resolución judicial dictada en procedimiento donde haya sido parte.

Resolución de 9 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10693)

Resolución de 9 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10694)

Constan inscritas unas fincas a nombre de un heredero sometido a sustitución fideicomisaria con facultad de disponer, siempre que acredite haber citado con ocho días de antelación a los fideicomisarios, a quienes se concede un derecho de tanteo ejercitable en el momento mismo de la enajenación y que serían llamados si se purificase el fideicomiso.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura de venta en la cual: a) el fiduciario vendedor manifiesta haber realizado las citaciones a todos los interesados; b) algunos de quienes dicen ser beneficiarios muestran su conformidad; c) respecto de otros, se dice que no han comparecido o que han renunciado a su derecho de adquisición; d) respecto de uno de los notificados, consta incorporado un burofax por el que manifiesta su voluntad de ejercitar el tanteo (no obstante, la escritura se autoriza, porque el tanteo no es ejercitable hasta el momento de la enajenación); e) el precio de la compraventa queda aplazado, pero no se distribuye entre las fincas vendidas, alegando que se trata de una unidad funcional y administrativa, y f) ante la posible impugnación por el fideicomisario que ha manifestado su voluntad de ejercitar el tanteo, se constituye también una hipoteca a favor del comprador en garantía de la devolución de las cantidades efectivamente pagadas a cuenta, en caso de resolución de la venta por causa distinta del impago del precio.

Los defectos apreciados por la Dirección son: a) no resulta que las notificaciones se hayan hecho con los requisitos establecidos por la cláusula de sustitución (antelación, comunicación de condiciones esenciales); b) debe especificarse la parte de precio correspondiente a cada bien, a efectos del posible ejercicio del derecho de tanteo; c) se ha constituido una hipoteca de propietario, o reserva de rango prohibida por el ordenamiento, que perjudica injustificadamente el derecho del titular del tanteo a recibir la cosa libre de toda carga impuesta por el comprador, por lo que la hipoteca no debe prevalecer sobre la demanda de tanteo (conocida por acreedor y deudor).

Resolución de 11 de septiembre de 2013 (BOE 246, 14-X-13: 10697)

Admite la inscripción de una escritura de venta de un garaje hecha por la albacea contadora-partidora de la titular registral fallecida, quien carecía de legitimarios. A la venta sirve de base un testamento ológrafo donde, sin instituir heredero, legaba diversos bienes (sin mencionar el garaje vendido) a favor de ciertas personas, y donde se atribuían a la albacea contadora «*todos los poderes para llevar todos mis deseos a cabo. Hacer y deshacer...*». En la escritura de protocolización de cuaderno particional, la albacea interpreta que la voluntad de la testadora, a partir de una consideración global de su testamento, es distribuir toda la herencia en legados, por lo que decide la venta del garaje en cuestión para liquidar con su producto el pasivo y los gastos de la herencia.

Para la Dirección, no procede la apertura de la sucesión intestada respecto del garaje no legado. El llamamiento abintestato tiene por objeto no tanto proveer de heredero (cuya institución no exige el Código) como evitar la vacancia de bienes cuando el testador no dispone de todos ellos. El principal problema que plantea el caso del art. 891 CC es el de la liquidación del patrimonio hereditario, y por ello es doctrina tradicional de la Dirección que, en tal supuesto, los legatarios ocupan la posición de los herederos. Entre las facultades del albacea está la de interpretar el testamento, como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden. Entender inaplicable el art. 891 CC por el mero hecho de que los legados no agoten el caudal relicto supone hacer siempre inaplicable dicho precepto, pues nunca habrá certeza absoluta de que los legados abarquen todos los bienes de la herencia. Es admisible interpretar el art. 891 CC en el sentido de que si el testador dejó de disponer de algún bien de escaso valor en relación con el caudal relicto, debe no obstante aplicarse dicha norma si (como ha apreciado el albacea en este caso) existe una voluntad del testador de que se distribuya la herencia de esta forma, sin necesidad de apertura de la sucesión intestada.

Resolución de 11 de julio de 2013 (BOE 229, 24-IX-13: 9909)

Admite la inscripción de una escritura de partición donde el albacea contador-partidor determina, junto con el cónyuge viudo, los pisos y locales concretos que han de ser entregados a la viuda en pago de sus gananciales y a los herederos del causante en la partición de su herencia, procedentes de una permuta de solar por obra y división horizontal anteriores a su fallecimiento.

El albacea ha sido nombrado por el causante «*con las más amplias facultades*». Manifiesta en el cuaderno particional que la concreción de los pisos adjudicados en ejecución de la permuta se hizo en vida del causante, junto con el cónyuge que ahora comparece. La determinación de los pisos deriva de una escritura de permuta de solar por obra futura formalizada por el causante y su esposa, cuya contraprestación era la transmisión de un porcentaje de superficie a construir, de modo que la permuta no se configuró con alcance meramente obligacional, sino como *ius ad rem*, por lo que la concreta determinación de los pisos está más cerca de los actos especificativos o instrumentales para la partición que de los actos dispositivos extraños a las funciones del albacea.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11657)

Mediante sentencia firme, se declaró: a) la validez de la compra de unos derechos hereditarios; b) la nulidad de la partición hecha sin intervención de los cesionarios, y c) respecto de unas fincas de la herencia aportadas a concentración parcelaria, la nulidad de las adjudicaciones hechas por el Servicio de Concentración, y se ordenó la cancelación registral de las mismas, que fue realizada por la Registradora.

Ahora se pretende la inscripción a nombre de los cesionarios de las citadas fincas cuyos asientos habían sido cancelados. La Dirección lo deniega. La sentencia no atribuye la propiedad de las fincas al cesionario-demandante, sino que se limita a señalar que deben incluirse en la partición. En consecuencia, las fincas originarias deben incluirse en ella y, a través de la misma, el cesionario debe solicitar nuevos títulos a su nombre al Servicio de Concentración.

Resolución de 8 de octubre de 2013 (BOE 267, 7-XI-13: 11660)

La testadora, de vecindad civil vizcaína, legó a su esposo el usufructo universal y le confirió un poder testatorio para disponer de los bienes de la herencia a favor de descendientes comunes, en defecto de cuyo uso nombraba herederos a sus hijos. Usufructo y poder quedaban sometidos a la condición resolutoria de no volver a casarse.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura de uso del poder donde el viudo dona ciertos bienes a los hijos (quienes aceptan) y se adjudica el pleno dominio de otros bienes, por liquidación de gananciales y en conmutación de su usufructo, aunque sin especificar qué parte es en cada uno de estos dos conceptos y libres de la condición impuesta por la testadora. En principio, la conmutación de un legado de usufructo y la liberación de una condición no son facultades particionales, y por ello el contador-partidor o el comisario no pueden verificarla unilateralmente. Ciertamente, los herederos mayores de edad pueden verificar la partición como tengan por conveniente y transmitirse bienes por cualquier título adecuado (art. 1058 CC), lo que les permite pactar una conmutación de usufructo y parece que también la liberación de la condición, en la medida que su cumplimiento determina un acrecimiento a la comunidad hereditaria al cual están renunciando los herederos al liberar la condición. Pero, en el título calificado, los herederos intervienen para aceptar las donaciones que se les hacen, sin que resulte claramente que se esté realizando el negocio de conmutación y la renuncia a la condición. En el ámbito registral, no caben consentimientos tácitos ni presuntos.

Resolución de 18 de octubre de 2013 (BOE 279, 21-XI-13: 12228)

El testador dispuso que el total de la herencia se distribuiría así: el 50 % a una sobrina y el otro 50 % a sus restantes sobrinos. Ahora se presenta una escritura de aceptación y manifestación de herencia otorgada solo por quien adquirió los derechos hereditarios de la primera sobrina, adjudicándose una mitad indivisa de una finca de la herencia.

La Dirección deniega la inscripción. Interpreta que la distribución hecha por la testadora no constituye partición, pues no hay inventario (total o parcial) ni adjudicaciones que plasmen la adjudicación y liquidación de todo o parte del caudal relicto. En defecto de partición por el testador y de nombramiento de contador-partidor, la



partición exige el concurso de todos los llamados a la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes de la herencia. Una cosa es la aceptación (que puede hacer cada heredero) y otra, la partición.

URBANISMO

Resolución de 1 de octubre de 2013 (BOE 258, 28-X-13: 11273)

Con ocasión de la inscripción de una adjudicación en ejecución extrajudicial de hipoteca, admite la cancelación de la afección urbanística por gastos de urbanización, inscrita con posterioridad a la hipoteca, no habiéndose practicado en plazo anotación de embargo administrativo a consecuencia de la afección.

Al titular de derechos inscritos sobre las fincas de resultado que no haya intervenido en el expediente de equidistribución y no se haya subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización (como es el caso de la hipoteca ejecutada en el supuesto) solo podrá perjudicarle la afección urbanística si está inscrita, no ha caducado en los plazos del art. 20 RD 1093/1997 y, una vez iniciado el procedimiento de apremio, la Administración urbanística actuante ha anotado preventivamente el embargo acordado en vía de apremio, lo que permite conservar la prioridad resultante de la afección. En el caso resuelto, consta, al margen de la inscripción del proyecto de compensación, nota acreditativa de haberse expedido certificación para surtir efectos en el expediente administrativo de apremio iniciado para ejecutar la afección real, pero no se ha tomado anotación preventiva y, además, ha transcurrido el plazo de siete años para la caducidad de la afección urbanística.

Resolución de 4 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12-XII-13: 12955)

Admite la inscripción de una escritura de venta donde se hace constar que las fincas vendidas han sido aportadas a un proyecto de reparcelación aprobado definitivamente y que la voluntad de las partes es transmitir la finca que ha sido adjudicada a cambio de las fincas de origen. La reparcelación no está inscrita y tampoco consta la nota marginal de iniciación del expediente.

La Dirección desestima los dos obstáculos registrales: la desaparición jurídica de las fincas de origen y la imposibilidad de cumplir el

requisito de la *treditio*. Hasta que no se produzca el cierre registral de las fincas de origen con la inscripción del proyecto de reparcelación, el objeto del folio donde constan es susceptible de tráfico. Por otro lado, el art. 1462 CC recoge la tradición instrumental: si de ella no resulta claramente lo contrario, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega. El aprovechamiento urbanístico en situación de pendencia hasta su materialización en una finca concreta puede subsumirse en la categoría de los inmuebles por analogía, al modo de los derechos reales sobre inmuebles (art. 334.10 CC). El hecho de no ser susceptible de posesión no les impide ser objeto de tráfico jurídico.

Resolución de 25 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13373)

Deniega la inscripción de una sentencia firme que declara la nulidad de un acto de aprobación urbanística inscrito por falta de intervención en el procedimiento de alguno de los titulares registrales afectados que han adquirido su derecho después de iniciado el procedimiento (art. 20 LH: principio de tracto sucesivo). La solución sería la opuesta, si se hubiese anotado preventivamente la demanda.

Resolución de 28 de noviembre de 2013 (BOE 304, 20-XII-13: 13378)

Es continuación de la Resolución de 16 de julio de 2013, en cuyo supuesto la Dirección suspende una segregación por constar nota marginal, acreditativa de que el Ayuntamiento había acordado la reposición a la realidad física anterior alterada por una parcelación presuntamente ilegal, mediante la demolición de las obras realizadas por ser incompatibles con la legalidad urbanística y la reagrupación de las parcelas mediante una reparcelación forzosa.

Ahora la Dirección deniega la cancelación de dicha nota marginal, pretendida por silencio positivo por haber pasado más de un año desde que se solicitó la cancelación. La Dirección reitera su actual doctrina restrictiva en materia de silencio administrativo, fundada en la STS (3.ª) de 28 de enero de 2009, que considera norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística (art. 242.6 LS/1992 y art. 8.1.b LS/2008), sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra ley.

Recensión bibliográfica



Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo

Director: Manuel Jesús Marín López

Editorial: Aranzadi

ISBN: 978-84-9014-903-4

Fecha edición: 28 de diciembre de 2013

Páginas: 1460

Comentario

El libro objeto de la presente reseña está llamado a ser, sin duda, la obra de referencia para la doctrina y para los profesionales del Derecho en cuanto a los contratos de crédito al consumo. Constituye un análisis elaborado y minucioso de los treinta y seis preceptos, la disposición transitoria, la disposición derogatoria, las siete disposiciones finales y los tres anexos que componen la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC). La nueva norma viene a modificar el régimen anterior establecido en la Ley 7/1995 y es transposición de la Directiva 2008/48/CE. Una y otra son objeto

Sebastián López Maza
 Profesor Ayudante Doctor
 Universidad Autónoma de Madrid

de comparación: la primera, para ver qué cosas se han modificado con la nueva Ley, y la segunda, para ver en qué medida el legislador español ha respetado el régimen comunitario.

Los *Comentarios* están editados por Thomson Reuters Aranzadi, dirigidos por el Profesor Manuel Jesús Marín López y elaborados por un prestigioso grupo de profesores universitarios y de notarios con una sólida trayectoria en el ámbito del Derecho de Consumo

Los *Comentarios* están editados por Thomson Reuters Aranzadi, dirigidos por el Profesor Manuel Jesús Marín López y elaborados por un prestigioso grupo de profesores universitarios y de notarios con una sólida trayectoria en el ámbito del Derecho de Consumo. El Director es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha (arts. 1, 2.1, 2.2, 23, 26 y 29, DD, DDF 1.ª, 2.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª). Entre los colaboradores se encuentran los siguientes: Fernando Peña López, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña (arts. 2.3, 22, 30 y 33); Helena Díez García, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de León (arts. 3, 4.4 y 4.5); Pilar Álvarez Olalla, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos (arts. 4.1, 4.2, 4.3, 17, 19 y 20); José Ramón García Vicente, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (arts. 5.1, 5.2, 28 y 31); Iván Heredia Cervantes, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid (art. 5.3); Ubaldo Nieto Carol, Notario de Valencia y Profesor de Contratación Bancaria del CUNEF (arts. 6 y 18); José Manuel Busto Lago, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña (arts. 7, 10, 12 y 13, y los anexos II y III); Ángel Serrano de Nicolás, Notario de Barcelona (arts. 8 y 9); Natalia Álvarez Lata, Profesora Titular de la Universidad de La Coruña (arts. 11, 14 y 15, y DT); Esther Arroyo Amayuelas, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona (arts. 16 y 21); María Victoria Petit Lavall, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Jaume I



de Castellón (art. 24); Susana Quicios Molina, Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Madrid (arts. 25, 27 y 36); María Paz Sánchez Sánchez, Notaria de Madrid (art. 32, DF 4.ª y el Anexo I); Manuel Izquierdo Carrasco, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (art. 34), y Diana Marcos Francisco, Profesora Contratada Juan de la Cierva en la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir (art. 35 y DF 3.ª).

En relación con su presentación y estructura interna, los *Comentarios* siguen fielmente el orden establecido por la Ley de Contratos de Crédito al Consumo

En cuanto a su estructura interna, los *Comentarios* siguen fielmente el orden establecido por la LCCC. El Capítulo I contiene las disposiciones generales (arts. 1 a 7). El Capítulo II se refiere a las informaciones y actuaciones previas a la celebración del contrato de crédito (arts. 8 a 14). El Capítulo III regula el acceso a los ficheros (art. 15). El Capítulo IV hace referencia a la información y a los derechos en relación con los contratos de crédito (arts. 16 a 31). El Capítulo V incluye únicamente un artículo, el 32, sobre la tasa anual equivalente. El Capítulo VI regula los intermediarios de crédito (art. 33). El Capítulo VII incorpora el régimen sancionador (art. 34). Y el Capítulo VIII se refiere al sistema de impugnaciones (arts. 35 y 36). En todos los *Comentarios* se demuestra un magnífico manejo de la legislación y de la jurisprudencia aplicable, y se trata de dar respuesta a los problemas planteados por cada uno de los preceptos.

El art. 1 se refiere a los caracteres generales del contrato de crédito al consumo. Su comentario incluye el análisis de: 1) el ámbito de aplicación de la Ley 16/2011, tanto objetivo y subjetivo como temporal y territorial; 2) las características de este contrato, incluyéndose la venta a plazos a la compraventa financiada y la promesa de crédito; 3) las operaciones típicas de crédito al consumo (el préstamo, la apertura de crédito o el aplazamiento en el pago), si bien se incluyen otras formas de concesión crediticias (por ejemplo, las tarjetas de crédito, el descubierta o el *leasing* al consumo, entre otras), y 4) los contratos no sujetos a la LCCC: a) el contrato de cuenta corriente; b) las garantías personales y reales; c) el suministro de bienes de un mismo tipo o la prestación continuada de servicios, siempre que en el marco de aquellos asista al consumidor el derecho a pagar por tales bienes o servicios a plazos durante su período de duración.

El art. 2 regula las partes del contrato de crédito. En primer lugar, se estudian los requisitos para ser prestamista: a) su condición de persona física o jurídica; b) la actividad comercial o empresarial de concesión de crédito; c) los sujetos que pueden ser prestamistas, y d) las entidades de crédito como prestamistas. En el otro lado aparece la figura del consumidor, cuyo concepto se pone en relación con el que aparece en el TRLGDCU. Se distingue entre consumidor persona física, consumidor con ánimo de lucro, consumidor experto, consumidor medio y consumidor vulnerable. Finalmente, también se hace alusión al intermediario de crédito.

El art. 3 contiene una lista de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCCC, analizándose cada uno de ellos en particular: 1) los créditos al consumo garantizados; 2) los créditos excluidos por razón de la cuantía; 3) los créditos excluidos por razón de su destino;

4) los créditos excluidos por razón de la naturaleza del contrato o del acuerdo, y 5) créditos que el autor llama *low cost*. Por su parte, el comentario al art. 4, dedicado a los supuestos de aplicación parcial de la LCCC, centra su atención en las operaciones de descubierta.

El art. 5 establece el carácter imperativo de los derechos reconocidos a los consumidores en virtud de esta norma. El comentario de este precepto aborda: 1) la renuncia a los derechos otorgados por esta Ley; 2) la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas; 3) el fraude de ley, y 4) los contratos internacionales de crédito al consumo. El art. 6 alude al contenido económico del contrato. Entre los temas explicados, destacan: 1) el coste total del crédito para el consumidor, incluyendo los gastos que son ingreso del concedente del crédito y los que son ingresos para terceros; 2) el coste total adecuado por el consumidor y el importe total de crédito; 3) la tasa anual equivalente, desde su aparición en nuestro ordenamiento hasta la actual LCCC, y 4) la distinción entre deudor fijo y deudor variable.

El comentario del art. 7, relativo a los requisitos de la información precontractual, trata los siguientes asuntos: a) quiénes están obligados a esa información precontractual; b) el momento en que debe facilitarse la información, distinguiendo el autor entre información precontractual, información durante la vigencia o en fase de ejecución del contrato e información en el momento de extinción del contrato; c) los supuestos excluidos de la aplicación de las obligaciones precontractuales de información; d) la forma en que debe facilitarse la información al consumidor; e) la sanción para el caso de incumplimiento de esta obligación precontractual; f) la nulidad del pacto de renuncia de la información precontractual, y g) la relación con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Por su parte, el art. 13 incorpora las excepciones a los requisitos de información precontractual.

Ya en el Capítulo II, el art. 8 se centra en el carácter vinculante de la oferta. El autor de este comentario hace hincapié en: 1) la distinción entre los tratos preliminares y la entrega de simple documentación informativa como información precontractual, y 2) las características de la oferta. El art. 9 se refiere a la información básica que debe aparecer en la publicidad. Su comentario alude a: a) los medios y lugares en que puede efectuarse; b) sus efectos; c) la transparencia contractual y la integración del contrato con la información básica; d) los obligados a dar dicha información; e) la necesidad de que la misma sea clara, concisa y destacada, que esté en formato legible, y f) la inclusión de un ejemplo representativo. La información previa al consumo es el objeto del art. 19. Aquí se estudian temas como: 1) la forma en que debe facilitarse la información; 2) el contenido de la información normalizada, y 3) la prueba del cumplimiento de la obligación de facilitar la información normalizada. El comentario al art. 11, sobre la asistencia al consumidor previa al contrato, abarca: el contenido mínimo de la asistencia, los sujetos obligados, la forma de cumplimiento y el incumplimiento de la obligación. El art. 12 alude a la información previa específica de determinados contratos de crédito. El autor trata la información precontractual común a todos ellos y la información precontractual adicional para los contratos de crédito del art. 4.4.I LCCC. Se analizan las especialidades que presentan: a) los créditos en forma de posibilidad de descubierta reembolsables en el plazo máximo de un mes; b) los descubiertos inmediatos concertados por medio de telefonía vocal, y c) los contratos concertados a distancia. También se incluye el derecho a la copia del proyecto del contrato. El art. 14 hace referencia a la obligación de evaluar la



Bibliografía

solvencia del consumidor y su comentario se centra en: 1) los caracteres generales de la obligación; 2) el prestamista como sujeto de la obligación; 3) el momento de cumplimiento; 4) el procedimiento para evaluar la solvencia del consumidor, y 5) las consecuencias del incumplimiento, incluyendo la responsabilidad del prestamista por la concesión de crédito irresponsable.

El art. 15 regula el acceso a los ficheros. El autor de este comentario estudia: a) la relación entre ficheros de solvencia y de crédito; b) la protección del derecho a la intimidad; c) los requisitos para incluir los datos personales en los ficheros de solvencia y crédito; d) los tipos de ficheros (común, positivos y negativos); e) la forma de obtención de los datos, y f) la obligación de informar al consumidor del resultado de la consulta.

El art. 16 se adentra en el tema de la forma y el contenido de los contratos. Se distingue entre forma externa y forma interna. Se alude también al ejemplar del contrato y a las consecuencias de la infracción del deber de información contractual. Los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierta están incluidos en el art. 17. El comentario se centra a las exigencias de forma, la información que debe contener el contrato y la ausencia de necesidad de que conste la TAE. Además, se tratan los supuestos de colisión con otras normas, como la normativa sectorial bancaria, la contratación a distancia y la contratación electrónica. La obligación de información está desarrollada en el correspondiente comentario al art. 19, mientras que el art. 20 aborda el descubierta tácito, estudiándose la naturaleza y los requisitos de dicho descubierta, la información al consumidor, el límite del tipo de interés y el excedido tácito.

El art. 18 regula la información sobre el tipo de deudor. El autor de este comentario explica: 1) la posibilidad de modificación del tipo de deudor; 2) la obligación de informar sobre toda modificación, y 3) la modificación producida por la variación del tipo de referencia. La falta de forma y la omisión de cláusulas obligatorias son objeto de penalización en el art. 21, cuyo comentario también se centra en la anulabilidad por falta de suministro de la información precontractual.

El art. 22 regula la modificación del coste total del crédito a través de los correspondientes pactos y los mecanismos de protección del consumidor. Su comentario abarca los distintos límites de las cláusulas de modificación del coste del crédito y la protección derivada del TRLGDCU, destacándose el carácter imperativo de la información contractual y las obligaciones de información durante la ejecución del contrato en relación con los pactos de modificación. La ineficacia o resolución del contrato de adquisición llevará consigo la correspondiente liquidación, algo que es analizado en el comentario al art. 23. Entre los asuntos tratados destacan: a) la restitución de las prestaciones, y b) las indemnizaciones.

El art. 24 otorga protección al consumidor de crédito en relación con la utilización de efectos cambiarios. Su comentario explica la protección del consumidor como deudor cambiario, la protección del garante del consumidor y las excepciones oponibles por el consumidor. El art. 25 se centra en el cobro indebido. El autor de este comentario distingue entre: 1) cobros indebidos derivados de créditos al consumo; 2) cobros indebidos realizados sin culpa, y 3) cobros indebidos realizados con dolo o negligencia. El art. 26 hace referencia a la eficacia de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito. Las dos hipótesis contempladas en este precepto son el

contrato de consumo vinculado al de crédito y el contrato de crédito vinculado al de consumo. Además de distinguir entre uno y otro, se analiza la liquidación de estos contratos tras su ineficacia, haciendo hincapié en la protección del consumidor en la fase de liquidación y en los modelos legales especiales de liquidación.

El art. 27 incluye los contratos de crédito de duración indefinida. Se comenta el derecho del consumidor a poner fin a dicho contrato y el del prestamista, distinguiendo entre el derecho sin alegar ninguna causa y el derecho por razones objetivamente justificadas. En ambos casos se estudian los requisitos temporales y de forma, así como los efectos del ejercicio de este derecho. Finalmente, también se habla de la extinción del contrato de seguro accesorio a un contrato de crédito de duración indefinida. El art. 28 incorpora el derecho de desistimiento, determinándose su ámbito de aplicación, su fundamento, el plazo de ejercicio, la forma de ejercicio y las consecuencias del ejercicio.

A los contratos de crédito vinculados y los derechos ejercitables se dedica el art. 29. El autor de su comentario alude a: 1) los requisitos para la existencia de contratos vinculados; 2) la responsabilidad del prestamista por el incumplimiento del proveedor de bienes o servicios; 3) los requisitos para el ejercicio de derechos contra el prestamista; 4) los derechos del consumidor contra el prestamista; 5) la posterior reclamación del prestamista al proveedor; 6) el desistimiento del contrato de consumo y sus efectos en el contrato de crédito, y 7) la ineficacia del contrato de crédito y sus efectos en el contrato de consumo.

El consumidor tiene derecho al reembolso anticipado, pero el prestamista tiene derecho de compensación, explicándose en el comentario los supuestos en los que procede dicha compensación, las exclusiones y las consecuencias de aplicar tal derecho

El art. 30 establece el reembolso anticipado. El consumidor tiene derecho a ese reembolso anticipado, pero el prestamista tiene derecho de compensación, explicándose en el comentario los supuestos en los que procede dicha compensación, las exclusiones y las consecuencias de aplicar tal derecho. El art. 31 se refiere a la cesión del contrato, la cesión del crédito y la excepción de compensación. El art. 32 regula el cálculo de la tasa anual equivalente. El comentario de este precepto estudia: a) el interés nominal e interés efectivo; b) el concepto de TAE; c) el cálculo; d) los elementos que inciden en la TAE, y e) las reformas imprescindibles para que la TAE represente el precio del crédito.

El art. 33 contiene las obligaciones de los intermediarios de crédito respecto de los consumidores. Como apunta el autor de su comentario, básicamente, consisten en deberes de información sobre: 1) las funciones del intermediario de crédito y la vinculación de los intermediarios con los prestamistas; 2) el precio de la intermediación y la obligación de formalizar el acuerdo sobre el precio por escrito, y 3) la comunicación al prestamista de la remuneración del intermediario a cargo del consumidor al efecto de computarla para calcular la TAE. Se analizan también las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información.



El art. 34 establece las infracciones y sanciones administrativas. El autor del comentario distingue entre el régimen sancionador aplicable a las entidades de crédito y el aplicable a sujetos distintos a las entidades de crédito. Igualmente, aborda la prohibición de resolver cuestiones civiles o mercantiles en el procedimiento sancionador, así como el concurso de leyes sancionadoras con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

Dentro ya del Capítulo VIII, el art. 35 se refiere al régimen de la reclamación extrajudicial. El comentario alude a dos sistemas: el arbitral de consumo y las *alternative dispute resolutions* europeas de consumo y en sede de servicios financieros. Además, se hace referencia a la cooperación extrajudicial en la resolución de conflictos transfronterizos. Finalmente, el art. 36 regula la acción de cesación. En concreto, el autor toca temas como: a) el objeto de la acción; b) los legitimados para interponer la acción; c) la personación de cualquier legitimado en procesos ya iniciados; d) el plazo de ejercicio de la acción; e) las acciones en otros Estados Miembros, y f) otras cuestiones sobre la acción (procedimiento y competencia, medidas cautelares, condenas accesorias, eficacia de cosa juzgada y ejecución de sentencia).

La DT se refiere a los contratos preexistentes a la LCCC y en su comentario se analiza la regla general de la no aplicación retroactiva de esta norma. La DD deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, y todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a la LCCC. La DF 1.^a se refiere a la normativa sectorial. La DF 2.^a, a la modificación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles. Se habla de la falta de necesidad de mantener la LVPBM tras la publicación de la LCCC, de los criterios de delimitación de la normativa aplicable a las ventas a plazos tras la LCCC (nuevo art. 2 LVPBM) y de la modificación del art. 7.7 LVPBM. De la modificación de la LEC se encarga la DF 3.^a, cuyo comentario analiza: 1) la relación de la LCCC con los arts. 11 y 221 LEC (legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios,

sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios); 2) el incidente del art. 519 LEC (naturaleza, forma, tramitación, momento de su inicio, recurso y ejecución provisional), y 3) la legitimación *ex novo* del Ministerio Fiscal como ejecutante. La DF 4.^a aborda la modificación de los supuestos para el cálculo de la tasa anual equivalente. La DF 5.^a, el título competencial. La DF 6.^a, la incorporación del Derecho de la UE. Y la DF 7.^a se refiere a la entrada en vigor.

La parte final de los *Comentarios* incluye los tres anexos. El primero tiene por objeto la ecuación de base que traduce la equivalencia de las disposiciones del crédito, por una parte, y de los reembolsos y pagos, por otra, junto con supuestos adicionales para calcular la TAE. El segundo incorpora la información normalizada europea sobre el crédito al consumo. Y el Anexo III contiene la información europea de créditos al consumo para descubiertos, créditos ofrecidos por determinadas organizaciones de crédito y conversión de la deuda.

Los *Comentarios* acaban con una completísima bibliografía general donde se citan fuentes no solo españolas, sino también alemanas, británicas, estadounidenses, italianas y francesas

Los *Comentarios* acaban con una completísima bibliografía general donde se citan fuentes no solo españolas, sino también alemanas, británicas, estadounidenses, italianas y francesas.

En definitiva, los *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* constituyen una obra de calidad, completa y fundamental para la comprensión y el análisis de esta norma. Estamos ante una aportación fundamental y de gran valor para el estudio del crédito al consumo.

La sede de este encuentro anual será el Colegio, que antes de alojar esta primera reunión plenaria de la Comisión ya acogió las primeras reuniones internas preparatorias

Barcelona acoge por primera vez al Notariado internacional

Los pasados 22 y 23 de noviembre, el Colegio acogió la que fue la primera reunión que la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado celebró en Barcelona tras la designación de la ciudad como sede permanente de esta Comisión el pasado mes de mayo. Más de un centenar de notarios procedentes de toda Europa, concretamente de treinta y ocho países —y cuatro más como observadores— debatieron acerca del presente y el futuro de la profesión en la que fue la última reunión de esta Comisión en el presente mandato, ya que en febrero, tras tres años de legislatura, tiene lugar el relevo de los cargos directivos. Para acoger el encuentro y como sede permanente donde anualmente se celebrará la reunión, el salón de actos del Colegio se ha adaptado a las necesidades de los asistentes, con cabinas de traducción simultánea para que las intervenciones y ponencias se puedan escuchar en francés —idioma oficial del Notariado y el mayoritariamente utilizado por los miembros de la CAE— o en inglés.

La designación de Barcelona como sede internacional del Notariado, como informábamos en la anterior edición de *La Notaría*, se aprobó en la reunión que tuvo lugar en Vilnius (Lituania) el pasado mes de mayo, en la que se decidió por unanimidad designar a la ciudad como sede permanente de una de las dos reuniones que celebra anualmente esta Comisión, hasta ahora sin sede fija. Los máximos representantes de la CAE afirmaron en la exposición de motivos que justifica la designación de Barcelona —que, en última instancia, rivalizaba con Múnich— que a las cualidades del Notariado español, «*de amplia trayectoria y compromiso en el desarrollo de las relaciones notariales internacionales, se suman las magníficas condiciones de la ciudad de Barcelona*». Entre las condiciones evaluadas para tomar la decisión, se valoró la ubicación geográfica, el aeropuerto y las líneas *low cost*, la oferta hotelera y la vinculación notarial. El disponer de una sede fija dotará a la institución de la necesaria



Acto inaugural de la primera reunión de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado en Barcelona

vinculación notarial. El disponer de una sede fija dotará a la institución de la necesaria



Los máximos representantes del Notariado europeo y el Alcalde de Barcelona en el Salón de Ciento del Ayuntamiento

estabilidad y permanencia, lo que le permitirá, sin duda, una mejor organización y un mejor desarrollo de sus actividades.

La sede de este encuentro anual será el Colegio, que antes de alojar esta primera reunión plenaria de la Comisión ya acogió las primeras reuniones internas preparatorias. Además, el Colegio también albergará la sede de la Academia Notarial Europea, desde donde se impulsará la formación de los notarios y se potenciará el nexo con la comunidad científica y universitaria. Así, Barcelona pasa a ser una de las tres ciudades de referencia en el ámbito del Notariado europeo, junto a Bruselas, que acoge el Consejo de Notarios de la Unión Europea, y Roma, sede de la Unión Internacional del Notariado.

MARIO MICCOLI Y EL CONSEJERO DE JUSTICIA, EN LA INAUGURACIÓN

El acto inaugural fue presidido por Mario Miccoli, Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado, acompañado de Germà Gordó, Consejero de Justicia, y Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, junto con los máximos representantes de la CAE.

En su intervención, Mario Miccoli destacó *«la gran influencia del Notariado español, y, en particular, del catalán, en la Unión Internacional»*, afirmando que *«la Unión nació precisamente por el impulso de los notarios españoles y de habla hispana»*, y quiso remarcar el hecho de que *«la función pública de los notarios es servir a la sociedad, y no lo podemos hacer sin una relación muy estrecha con las autoridades públicas»*. Por su parte, Germà Gordó remarcó la importancia de la designación de Barcelona como sede permanente de la Comisión y destacó el servicio público que prestan los notarios, afirmando que *«son el pilar en la resolución de conflictos mediante el arbitraje y la mediación»*. También explicó que las funciones de los notarios están en constante adaptación de acuerdo con la evolución de la sociedad, y destacó el servicio público que realizan y la relevancia de celebrar congresos como este, que, entre otros objetivos, *«aúnan esfuerzos para fortalecer la seguridad jurídica que la profesión da a las diversas relaciones jurídicas de Derecho Civil Privado y Comercial, Derecho Sucesorio, Derecho Fiscal o Derecho Internacional»*. Afirmó que *«la honestidad, aptitud, eficiencia y competencia son valores que rodean esta profesión»*, y, finalmente, remarcó *«el importante papel de los notarios en el uso de las nuevas tecnologías para garantizar una mayor seguridad en los actos jurídicos, tanto nacionales como internacionales»*, subrayando *«la excelente relación entre el Departamento de Justicia y el Colegio, que ha permitido mejorar el Derecho, la seguridad jurídica y la situación de muchos ciudadanos»*. En su intervención, Joan Carles Ollé destacó que *«la designación de Barcelona como sede de la Comisión de Asuntos Europeos es un justo reconocimiento a la tradición del Notariado español y catalán y convierte la ciudad en un punto de referencia en el mundo jurídico»*. Por otra parte, remarcó que *«contar con la máxima seguridad jurídica es fundamental para ayudar a determinados países a avanzar hacia democracias reales, para dar confianza, que fluya el crédito y las inversiones y asegurar la reactivación económica»*. Y, por último, afirmó que *«un mundo globalizado, ante el avance de la tecnología, con el consumidor como eje prioritario, en profundo pro-*

Mario Miccoli destacó *«la gran influencia del Notariado español, y, en particular, del catalán, en la Unión Internacional»*, afirmando que *«la Unión nació precisamente por el impulso de los notarios españoles y de habla hispana»*, y quiso remarcar el hecho de que *«la función pública de los notarios es servir a la sociedad, y no lo podemos hacer sin una relación muy estrecha con las autoridades públicas»*



Vida corporativa



El Presidente de la Generalitat, Artur Mas, recibió a una delegación de la reunión

ceso de modernización de la Justicia y con una creciente complejidad en las relaciones jurídicas, sitúa la figura del Notario en una nueva centralidad jurídica».

Al acabar el acto, Mario Miccoli entregó al Consejero de Justicia la Medalla de la Unión Internacional del Notariado, el máximo galardón que otorga esta institución.

RESUMEN DE LA REUNIÓN Y NUEVOS CARGOS EN FEBRERO DE 2014

En el transcurso de los dos días en que tuvo lugar la reunión, como en ocasiones anteriores, la estructura de la sesión fue la siguiente: en primer lugar, se procedió a repasar y presentar el informe de los acontecimientos celebrados desde la anterior

sesión. Entre ellos, se trató de la 2.ª Universidad Notarial Mundial, celebrada en Buenos Aires; del Consejo General de San Petersburgo; del Congreso Internacional de Lima, que tuvo lugar del 9 al 12 de octubre de 2013 (ver sección «Internacional» de esta misma edición), y de la Conferencia en Montreal sobre circulación de actos accesorios, acontecida el 4 de noviembre pasado. Así, se expusieron, entre otros temas, la adaptación jurídica y del Derecho Notarial a las nuevas estructuras familiares, así como las necesidades ante el envejecimiento de la población; el acceso a los títulos de propiedad; la protección de los consumidores, y los derechos de los extranjeros en los diversos países miembros de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE).

Seguidamente, tuvo lugar el «Tour d'horizons», la exposición del panorama general de las novedades legislativas de cada país habidas desde la anterior reunión. Tras el mismo, tuvo lugar la presentación de conclusiones sobre los trabajos realizados en materia de diferencias entre los conceptos de *certificación*, *legalización* y *autenticación*; encuentros entre los sistemas jurídicos *civil law/common law*; el sistema disciplinario notarial europeo, y la función de asesoramiento notarial. Tras la elección de un nuevo tema de estudio en profundidad, que será la evolución de la familia y sus consecuencias en el Derecho Notarial, se presentó el informe sobre la Comisión de Cooperación Internacional, la comisión que analiza las peticiones de acceso y la evolución de los nuevos notariados, como, por ejemplo, las últimas incorporaciones europeas. Finalmente, se expusieron ampliamente los motivos de la elección de Barcelona como sede permanente, se realizó una reflexión sobre el método de trabajo y futuro de la Academia Notarial Europea y la sesión se cerró con el calendario de próximas reuniones de la CAE, que tendrán lugar en Bosnia-Herzegovina, en primavera de 2014, y de nuevo en Barcelona, en otoño de 2014.

En el transcurso de los próximos meses, la CAE hará públicas a través de la página web de la Unión Internacional del Notariado —www.uinl.org— las conclusiones de la reunión, la última celebrada antes de que el próximo mes de febrero se proceda a la renovación de los actuales cargos directivos, en esta ocasión, para el período 2014-2016. Así, la Presidencia de la CAE recaerá en Pierre Becqué, actual Vicepresidente. Por su parte, la Unión

En el transcurso de los próximos meses, la CAE hará públicas a través de la página web de la Unión Internacional del Notariado —www.uinl.org— las conclusiones de la reunión



Internacional del Notariado pasará a ser presidida, por primera vez, por un Notario africano, concretamente, el senegalés Daniel Sedar Senghor.

JEAN-PAUL DECORPS, PRESIDENTE DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO: «HAY QUE MANTENER LA ESENCIA DEL NOTARIO»

El Presidente de la Unión Internacional del Notariado y máximo representante institucional de los notarios del mundo, Jean-Paul Decorps, participó en la segunda jornada de la reunión, junto a Michel Merlotti, Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales de la Unión Internacional del Notariado, y Frank Molitor, Presidente del Consejo de Notarios de la Unión Europea, la comisión europea de notarios, que cuenta con veintiún países miembros, todos ellos pertenecientes a la Unión Europea.

Merlotti destacó los nuevos países incorporados a la Unión Internacional del Notariado — Madagascar, Mongolia, Montenegro, Vietnam, Kosovo y Ucrania—, remarcando que el mayor crecimiento de la Unión se sitúa actualmente en África y Asia. También destacó la preocupación que genera la constatación de que son los países con un mayor índice de corrupción los que mayoritariamente escogen basarse en el sistema de Notariado denominado *common law*, menos regulado, sistema que convive con el *civil law*, en que se basa la labor de la Unión Internacional del

Notariado y la de las diversas comisiones que forman parte de la misma, entre ellas, la Comisión de Asuntos Europeos. En previsión de las nuevas incorporaciones a la Unión Internacional del Notariado en los próximos años, situó en cien países los estados que serán miembros en el año 2020. Por su parte, Frank Molitor agradeció la invitación a participar en la reunión como muestra de normalidad en la existencia del debate entre *civil law* y *common law*, un debate que «no se debe institucionalizar bajo ningún concepto».

Jean-Paul Decorps destacó en su discurso los diversos ejes en que se basa la actual labor del Notariado. Por un lado, muy especialmente, remarcó la importancia de la función social del Notario y de «*respetar la esencia del Notario, su capacidad de asesorar y proteger al ciudadano*». Insistió en la importancia de promover la seguridad jurídica, «*necesaria para que el ciudadano tenga libertad, entendiendo la libertad como el pilar básico de nuestra sociedad*». Este, aseguró, es el primer gran objetivo del Notariado actual, velando por su desarrollo en los ámbitos en que tradicionalmente ya ha desarrollado su labor y respondiendo a las crecientes necesidades de seguridad jurídica de la sociedad actual, así como desarrollando su labor en nuevas áreas de actividad, como las nuevas tecnologías o la resolución alternativa de conflictos. También destacó la importancia de favorecer la circulación de los documentos notariales en un marco de globalización. Por otro lado, situó como otro de los grandes objetivos el desarrollo del papel institucional del Notariado al servicio de la Administración, destacando la labor desarrollada por los notarios en el denominado *sistema latino* o *civil law*, en el que se basa la labor de la Unión Internacional del Notariado. En definitiva, afirmó que favorecer el desarrollo del *civil law* favorece a la seguridad jurídica y a los estados, y citó el ejemplo de China, país que, tras analizar pormenorizadamente



Foto de familia de los participantes en la reunión

Jean-Paul Decorps destacó en su discurso los diversos ejes en que se basa la actual labor del Notariado.

Por un lado, muy especialmente, remarcó la importancia de la función social del Notario y de «*respetar la esencia del Notario, su capacidad de asesorar y proteger al ciudadano*»



ambos sistemas jurídicos, ha decidido apostar por un sistema de Notariado latino y, tras China, países como Corea, Mongolia o Vietnam también lo han elegido. Finalmente, consideró también prioritarios aspectos como la ética o la transparencia y aseguró que «*el talento y el coraje de todos los que trabajan en la Unión Internacional hará posible afrontar los retos que nos esperan y alcanzar los objetivos establecidos*».

RECEPCIÓN OFICIAL DEL ALCALDE DE BARCELONA Y DEL PRESIDENTE DE LA GENERALITAT

Una representación de las principales autoridades que participaron en la reunión plenaria asistió a la recepción de bienvenida que les ofrecieron el Alcalde de Barcelona, Xavier Trias, y, posteriormente, el Presidente de la Generalitat, Artur Mas, en la sede del Palau.

Encabezados por Jean-Paul Decorps, Presidente de la Unión Internacional del Notariado y máximo representante del Notariado mundial, asistieron a la recepción Mario Miccoli, Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado; Ernesto Tarragón, Notario de Castellón y máximo representante del Notariado español en la CAE, donde ocupa una Vicepresidencia; Pierre Becqué, también Vicepresidente de la CAE y ya elegido futuro Presidente para el vvpóximo mandato; Laurent Besso, Tesorero de la CAE; José Manuel García Collantes, Presidente del Consejo General del Notariado, y Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña y Vicepresidente del Consejo General del Notariado.

Tanto el Alcalde de la ciudad como el Presidente de la Generalitat tuvieron ocasión de conocer de primera mano los principales retos del Notariado español, europeo y mundial, y quisieron destacar la importancia de la función notarial para ofrecer un marco de seguridad jurídica absolutamente imprescindible para asegurar la reactivación económica.

LA COMISIÓN DE ASUNTOS EUROPEOS

La Unión Internacional del Notariado se organiza en cuatro comisiones continentales, una por cada continente, a excepción de Oceanía. La europea responde al nombre de Comisión de Asuntos Europeos (CAE).

La CAE es la que reúne a todos los países miembros de la Unión Internacional ubicados en Europa: treinta y ocho notariados y cuatro más como observadores.

Esta Comisión estudia los temas de Derecho Comparado e Internacional Privado desde una perspectiva amplia, como juristas y basándose en la práctica diaria del Derecho real, y elabora informes sobre las cuestiones de máxima actualidad jurídica y notarial. Posteriormente, estos informes se trasladan al Parlamento Europeo para que promueva las directivas europeas que considere.

La CAE tiene, entre sus principales objetivos generales:

- Profundizar y promover el conocimiento y la armonización de la ley y del Derecho nacional de los notariados del continente europeo.
- Promover la publicación de los trabajos, la comunicación y la circulación de información entre los notariados europeos para coordinar y armonizar sus actividades, tanto entre ellos como con los notariados del resto de continentes.

En la Comisión se estudian los temas de Derecho Comparado e Internacional Privado desde una perspectiva amplia y basándose en la práctica diaria del Derecho real, elaborándose informes sobre las cuestiones de máxima actualidad jurídica y notarial



Es preciso recordar que en Europa hay, en la actualidad, más de cuarenta mil notarios, casi tres mil de ellos en España

- Cooperar con otros organismos internacionales.
- Estudiar temas de Derecho Comparado e Internacional Privado en los ámbitos de especial interés para el Notariado.
- Promover la capacitación, tanto inicial como continua, de los notarios en su radio de acción y hacerlo, en particular, mediante la Academia Notarial Europea.

Es preciso recordar que en Europa hay, en la actualidad, más de cuarenta mil notarios, casi tres mil de ellos en España.

PAÍSES QUE FORMAN PARTE DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS EUROPEOS

Treinta y ocho notariados miembros: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Bosnia-Herzegovina, Croacia, España, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Italia, Kosovo, Letonia, Lituania, Londres (UK), Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, República de San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza, República Checa, Turquía, Ucrania y Vaticano.

Cuatro notariados observadores: Inglaterra–Gales, Islas de la Mancha (Sociedad Notarial), Escocia e Irlanda.

LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

La Unión Internacional del Notariado es la organización no gubernamental que integra a ochenta y seis notariados del mundo con el fin de promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo.

Forman parte de ella cerca de trescientos mil notarios de todo el mundo, cuenta con dos millones de colaboradores y genera, aproximadamente, cuatrocientos millones de escrituras cada año.

En total, representa a dos terceras partes de la población del mundo y más del 60 % del PIB mundial. Divide su actividad por continentes, siendo la Comisión de Asuntos Europeos la que trata todas las cuestiones europeas.

Entre los ochenta y seis países de cualquier parte del mundo que la integran, se incluyen veintidós de los veintiocho de la Unión Europea y quince de los diecinueve que pertenecen al G20.

Entre los objetivos generales de la Unión Internacional del Notariado, destacan:

- Facilitar las relaciones entre los notarios de los países miembros para intercambiar información y experiencias profesionales.
- Promover la aplicación de los principios fundamentales del sistema de Notariado basado en el *civil law* y de los principios de deontología notarial.
- Representar al Notariado delante de otros organismos internacionales y colaborar entre ellos.
- Colaborar en el plano internacional en la armonización de las legislaciones notariales nacionales.
- Promover, organizar y desarrollar la formación profesional y apoyar los trabajos científicos en el ámbito notarial.

Entre los ochenta y seis países de cualquier parte del mundo que integran la Unión Internacional del Notariado, se incluyen veintidós de los veintiocho de la Unión Europea y quince de los diecinueve que pertenecen al G20



Vida corporativa

La Comisión integra la Academia Notarial Europea, centrada en la formación de los notarios en aquellos países en vías de desarrollo y en la creación de sinergias entre los diferentes países miembros

PAÍSES QUE FORMAN PARTE DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Ochenta y seis notariados miembros: Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Armenia, Austria, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, República de Chad, Chile, China, Colombia, Congo, Corea, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Kosovo, Letonia, Lituania, Londres (UK), Luxemburgo, República de Macedonia, República de Madagascar, Mali, Malta, Marruecos, República de Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec (Canadá), República Centroafricana, República Checa, República Dominicana, República de San Marino, Rumanía, Rusia, Senegal, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Vaticano, Venezuela y Vietnam.

Además, la Comisión integra la Academia Notarial Europea, centrada en la formación de los notarios en aquellos países en vías de desarrollo y en la creación de sinergias entre los diferentes países miembros.

La Academia Notarial Europea, también en Barcelona

También con sede en Barcelona desde mayo de 2013, tiene como finalidad la difusión de los estudios y la organización de jornadas de estudio o de trabajo en los distintos países de Europa y, en especial, acercar la institución del Notariado a otras instituciones sociales y al mundo universitario y potenciar el contacto con la vanguardia científica.

Por otra parte, la Academia Notarial promueve congresos, conferencias y encuentros internacionales; establece y promueve relaciones con los notariados nacionales con el objetivo de colaborar en su organización y desarrollo en previsión de su futura incorporación a la Unión Internacional del Notariado; establece y promueve relaciones con otras organizaciones, colaborando en ámbitos de interés común, y da apoyo a la evolución del Derecho en materia notarial en aquellos países que lo solicitan.

Con la designación de Barcelona como sede de la Academia Notarial Europea, la ciudad se convierte en el centro europeo de referencia de formación notarial y nexo de unión entre el Notariado y la comunidad científica.

La Comisión integra la Academia Notarial Europea, centrada en la formación de los notarios en aquellos países en vías de desarrollo y en la creación de sinergias entre los diferentes países miembros



Roberto Follía, Exdecano del Colegio, recibe el V Premio Puig Salellas



Roberto Follía recibió el Premio Puig Salellas de manos del Consejero de Justicia, Germà Gordó

El pasado 3 de diciembre, el Colegio hizo entrega del V Premio Puig Salellas, que este año se ha otorgado a Roberto Follía Camps, Exdecano del Colegio y Notario honorario desde 2001. Más de un centenar de personas y numerosas autoridades del mundo jurídico quisieron acompañar al galardonado en un acto que presidió el Consejero de Justicia, Germà Gordó, acompañado de Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, y del resto de miembros de la Junta Directiva. Follía recibió el máximo galardón que otorga la institución anualmente *«en reconocimiento a su ejemplar y brillante trayectoria notarial, donde ha destacado tanto en el campo del ejercicio profesional, en que ha disfrutado de una gran notoriedad, como en el de la preparación de opositores, habiéndonos le-*

gado un grupo excelente de discípulos y continuadores, así como en el ámbito corporativo de la gestión colegial, donde ha dejado una huella duradera, muy visible aún hoy en día». En la exposición de motivos que le han hecho merecedor del premio, también se destaca *«su completo y profundo conocimiento del Derecho Civil catalán, que lo ha consolidado como uno de los juristas más prestigiosos de Cataluña desde la Transición, con una remarcable obra publicada y una muy destacada aportación a las principales instituciones jurídicas del país, de manera especial, al seno del Observatorio de Derecho Privado y desde la Presidencia de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña»*.

En el transcurso del acto, Joan Egea, Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, realizó la glosa del premiado, en la que destacó *«la relación de gran amistad y de maestrazgo entre Puig Salellas y Roberto Follía»*, así como los valores compartidos de *«libertad, firmeza, independencia de criterio y voluntad de hacer país»*. Tras repasar los más de cuarenta años de dedicación al Notariado del premiado, Egea quiso destacar también la gran calidad humana del galardonado y el hecho de *«ser un Notario insigne, una persona remarcable»*, así como la escrupulosidad con la que ha ejercido el Derecho Notarial y su gran implicación y contribución al Derecho Civil catalán. Finalmente, concluyó su glosa afirmando que *«Roberto Follía representa la esencia del Notariado catalán»* y asegurando que *«su afabilidad, amabilidad y buen trato con todo el mundo son insolubles del premio que se le concede»*.

En su discurso, Roberto Follía aseguró que el premio *«tiene un significado especial, porque Josep M.º Puig Salellas fue mi padre espiritual y jurídico»*. Y afirmó que *«hacer de Notario ha sido motivo para dar consejo y ayudar a todos los que han venido a la Notaría»*. Después de repasar y comentar uno por uno los motivos recogidos en la exposición de motivos que le han hecho merecedor del premio, concluyó afirmando que *«hoy se cierra una trayectoria profesional y corporativa»*, a pesar de asegurar que continuará publicando. Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó *«la especial satisfacción de otorgar el premio a quien ha sido maestro de todos nosotros»*, repasando algunos de los principales hitos conseguidos

En el transcurso del acto, Joan Egea, Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, realizó la glosa del premiado, en la que destacó *«la relación de gran amistad y de maestrazgo entre Puig Salellas y Roberto Follía»*, así como los valores compartidos de *«libertad, firmeza, independencia de criterio y voluntad de hacer país»*



Vida corporativa

Germà Gordó clausuró el acto y puso de relieve que los notarios *«han instrumentalizado su amor por el país a través del Derecho Civil»*, destacando la trascendencia de una profesión que, desde un punto de vista histórico, *«ha dado grandes juristas que han trabajado para dotar a Cataluña de un Derecho Civil propio»*

por Follía, entre ellos, su destacada colaboración en la redacción del Código Civil de Cataluña, la reforma y ampliación de la sede colegial en su etapa como Decano, su tarea como preparador de opositores y su implicación en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en el Observatorio de Derecho Privado y en la Comisión de Codificación.

La clausura del acto fue a cargo de Germà Gordó, Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña, quien quiso poner de relieve que los notarios *«han instrumentalizado su amor por el país a través del Derecho Civil»*, destacando la trascendencia de una profesión que, desde un punto de vista histórico, *«ha dado grandes juristas que han trabajado para dotar a Cataluña de un Derecho Civil propio»*. En este sentido, Gordó recordó que este trabajo de siglos hará posible que en el primer trimestre de 2014 el Gobierno apruebe el Libro VI del Código Civil catalán y finalice el proceso codificador. En cuanto a la figura del galardonado, el titular de Justicia destacó que *«ha pasado a ser maestro de maestros»* y *«gente como Follía son ejemplos de país»*.

Roberto Follía Camps se licenció en Derecho en 1957, con premio extraordinario, y aprobó las oposiciones a Notario en 1961 con el número uno de su promoción. Fue Notario de Chantada (La Coruña), de Castellón de la Plana y, desde 1970, de Barcelona. Después de casi cuarenta años de ejercicio profesional, se jubiló el 29 de septiembre de 2000, al cumplir la edad reglamentaria de setenta años, y en diciembre de 2001 fue nombrado Notario honorario.

Entre los cargos que ha asumido a lo largo de su trayectoria profesional y las instituciones académicas y jurídicas de las cuales ha formado o forma parte, cabe destacar que fue ayudante de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona (1958-1961) y colaborador de la misma institución académica (1971-1978); Vocal de la Fundación Noguera (1978); miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña con la Medalla Pere Albert (1985), Secretario (1992-2000) y, finalmente, Presidente de esta corporación (2000-2008); miembro de la Junta Directiva de la Asociación Catalana de Arbitraje (1990-1996); integrante del primer Consejo Económico de la Universidad Pompeu Fabra, desde su creación hasta su sustitución por el Consejo Social (1990-2004); Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1990-1995); miembro del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña (1996-2004) y de la Comisión de Codificación (1996-2008); miembro del Consejo Rector del Instituto de Estudios Autonómicos (2001-2008); miembro del Consejo de Justicia de Cataluña (2002-2008) y de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña (2003-2005). El 24 de junio de 1996 se le concedió la Cruz de San Raimon de Peñafort, y también recibió la Medalla de Oro del Círculo del Liceo.

Homenaje a José-Luis Mezquita

El pasado 11 de diciembre, el Colegio rindió un sincero homenaje al Notario José-Luis Mezquita del Cacho, Exdecano del Colegio fallecido en diciembre de 2012. El acto fue presidido por Germà Gordó, Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña, acompañado de Joan Carles Ollé, Decano del Colegio. También intervinieron Juan-José López Burniol, quien glosó la figura del homenajeado; Emilio Mezquita García-Granero, Notario de Castelló d'Empúries e hijo del homenajeado; Alfonso Cavallé Cruz, Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias, quien intervino en nombre de los autores del libro homenaje editado



Juan-José López Burniol fue el encargado de glosar la figura del homenajeado

El Notario de Barcelona Juan-José López Burniol fue el encargado de glosar la figura de José-Luis Mezquita, haciendo un amplio repaso tanto a su biografía personal como a su trayectoria profesional y su bibliografía

para la ocasión, y Josep Delfí Guardia Canela, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

El Notario de Barcelona Juan-José López Burniol fue el encargado de glosar la figura de José-Luis Mezquita, haciendo un amplio repaso tanto a su biografía personal como a su trayectoria profesional y su bibliografía (véase la sección «Tribuna» en esta misma edición). Así, destacó *«su solidaridad humana y su vocación de justicia universal»* y afirmó que en él confluían tres condiciones: *«su finísima inteligencia, el ser un depósito de conocimientos y el tener una clara concepción de los problemas jurídicos como conflictos de intereses a resolver desde la ética»*. Entre sus obras y escritos, remarcó, entre otros, su tesis doctoral, que, bajo el título *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, calificó como *«la aportación más destacada en el ámbito*

de la seguridad jurídica en el siglo XX», así como su discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, titulado *«La seguridad jurídica documental en la Europa unidad del siglo XXI»*, pronunciado el 1 de diciembre de 1998 y contestado por Lluís M.^a Roca Sastre, en el que profundizó en *«el fondo de la forma»*. López Burniol quiso destacar también *«su excepcional formación jurídica de base, una imaginación jurídica desbordante, su compromiso político con la socialdemocracia y su calidez, generosidad, sentido de la amistad y original talante»*. Finalizó su discurso afirmando que *«hizo muy bien su trabajo y sirvió a la gente, y nos quedarán para siempre sus consejos, la información que facilitó, la doctrina y el servicio»*.

Emilio Mezquita, Notario e hijo del homenajeado, pronunció un discurso en representación de la familia y destacó de su padre que *«afloró una romántica visión del Notariado»*. Remarcó que *«puso su empeño obcecado en preservar la esencia de la función notarial»* y su concepto de *«una Justicia que debe servir para contar con una sociedad más justa, libre y equitativa»*. Así, destacó la importancia que siempre dio *«al Notario como equilibrador de las partes en un mercado desigual, a la función notarial en el marco de la seguridad jurídica preventiva y su énfasis en la protección del ciudadano. En definitiva —afirmó— creyó en una Justicia al servicio de la libertad individual y de la equidad social»*.

Por su parte, Josep Delfí Guardia Canela, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, destacó las diversas comunicaciones presentadas en el marco de esta institución, de la que fue elegido académico el 12 de noviembre de 1996, remarcando *«su excelencia en los discursos y la importancia del fondo de la forma, de la seguridad jurídica preventiva y de la función notarial»*.

Alfonso Cavallé, Decano del Colegio Notarial de las Islas Canarias, quien intervino en nombre de los autores del libro *Estudio homenaje a José-Luis Mezquita del Cacho*, que se presentó en el transcurso del acto, quiso destacar *«el arraigo social del Colegio y de los notarios catalanes en el desarrollo y la conservación del Derecho Civil en Cataluña»*, y destacó del homenajeado *«el ser una persona ejemplar en todos los sentidos»*. Cavallé remarcó *«su vertiente en el ámbito de la ciencia, aplicando reformas en el reglamento notarial; desde la experiencia, a través de la cercanía y confianza al ciudadano, y desde la consciencia, ofrecien-*



Mezquita destacó por defender siempre la función esencial del Notariado como un servicio a la sociedad, poniendo énfasis en la deontología, la tutela de la parte más débil y la protección privilegiada del consumidor

do un servicio social, así como su asesoramiento y defensa de los consumidores y usuarios». Finalmente, destacó «su ejemplar deber de imparcialidad y el peso de la función pública del Notario, su humanidad, amistad, lealtad y vocación de servicio».

Joan Carles Ollé, Decano del Colegio Notarial de Cataluña, repasó la trayectoria corporativa de José-Luis Mezquita, destacando el haber sido «uno de los primeros líderes del asociacionismo notarial, así como la configuración doctrinal del sistema de seguridad jurídica preventiva y el ser el abanderado de la función social del Notario y de la protección de los derechos de los consumidores, ámbito en el que fue pionero». Quiso destacar igualmente su faceta como preparador y maestro de notarios, como estudioso del Derecho, así como su vertiente humana, con un «fondo generoso, leal y bondadoso. Era un hombre bueno», concluyó.

Al terminar su intervención, el Decano del Colegio entregó a la viuda de José-Luis Mezquita, M.^a Dolores García Granero, una edición especial del libro editado para la ocasión, publicación en la que han participado destacados notarios de toda España, recogiendo estudios doctrinales sobre temáticas en que José-Luis Mezquita ha sido pionero y referente.

Finalmente, Germà Gordó, Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña, clausuró el acto recordando que Mezquita fue «un hombre comprometido con su trabajo, con el Derecho, la ley y el bienestar de las personas, buscando siempre soluciones imaginativas, desde una amplia formación, compromiso político y lucha a favor de la justicia social». Definiéndole como alguien «con un gran sentido humano y del bien colectivo», destacó la importancia de que los notarios «tengan esta visión social del mundo, ya que su función es fundamental para la construcción de la sociedad y la protección de su futuro». Así, afirmó que «entendió el Derecho como una herramienta adaptable a las necesidades sociales y útil para ejercer la Justicia y alcanzar el progreso social». Y concluyó que «José-Luis Mezquita ha sido un ejemplo como profesional y como persona para alcanzar una sociedad más justa y un mundo mejor».

José-Luis Mezquita del Cacho nació en Madrid el 17 de noviembre de 1928 y murió en Barcelona el 12 de diciembre de 2013. Licenciado en Derecho con premio extraordinario en Valencia, se doctoró por la Universidad de Barcelona en 1988 con una tesis que se publicó al año siguiente, bajo el título de Seguridad jurídica y sistema cautelar, y que obtuvo el Premio Falguera de ese año. Preparó notarías bajo el maestrazgo de Emilio Bartual y el 24 de marzo de 1954 fue nombrado Notario del Friol (La Coruña). Posteriormente, fue Notario de Belchite (Zaragoza), Baena (Sevilla), Inca (Islas Baleares) y, el 25 de marzo de 1965, fue nombrado Notario de Barcelona. Se jubiló el 21 de diciembre de 1998, al cumplir la edad reglamentaria de setenta años, y en febrero de 1999 la Dirección General le nombró Notario honorario. Fue miembro de la Asociación Libre de Notarios «Joaquín Costa» y desplegó una notable actividad docente en la Universidad.

Mezquita destacó por defender siempre la función esencial del Notariado como un servicio a la sociedad, poniendo énfasis en la deontología, la tutela de la parte más débil y la protección privilegiada del consumidor. Así lo ejemplifican sus múltiples estudios sobre el Notariado y su tarea como preparador de nuevos notarios.

Entre los cargos que ocupó y las instituciones académicas y jurídicas de las cuales formó parte, cabe destacar que fue Profesor de Derecho Documental de la Universidad de Barcelona y de la Pompeu Fabra y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña con la Medalla Joan Pere Fontanella (1996), y que se le concedió la Cruz de Honor de San Raimon de Peñafort (1998) y la Gran Cruz de San Raimon de Peñafort (2005).

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colciencias.gov.co

Ya puedes consultar la revista La Moterle y el Boletín Mensual en línea.

Entra en www.colciencias.gov.co y accede a la sección Publicaciones.

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que las noticias también puedes consultar en las publicaciones desde la www.colciencias.gov.co.

